Die Abgrenzung des Minderkaufmanns vom Vollkaufmann

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Mayer

aus Tüssling

Referendar am Bezirksamt zu Altötting.

Approbiert am 5. März 1928.

29:59

Die Abgrenzung des Minderkaufmanns vom Vollkaufmann.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Karl Mayer
aus Tüssling
Referendar am Bezirksamt zu Altötting.

Approbiert am 5. März 1928.

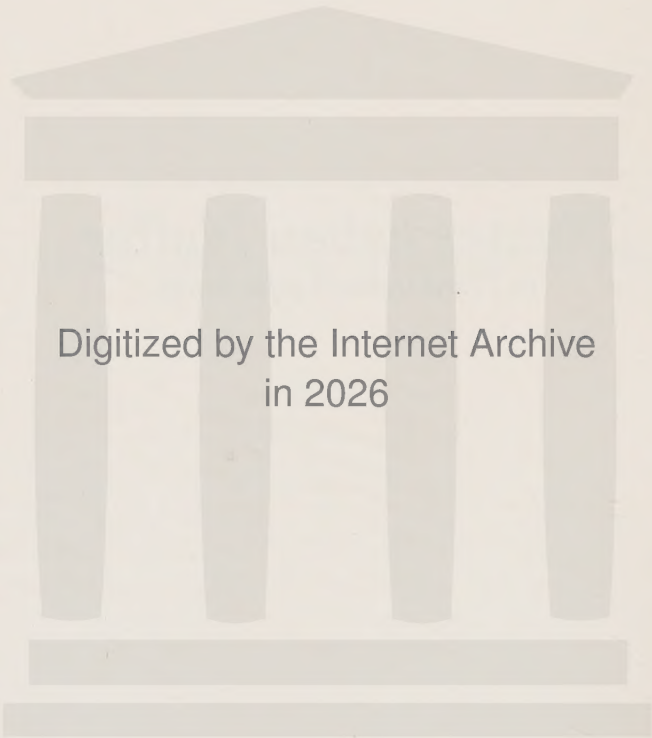
Druck von Ig. Forstner, Oberviechtach (Opf.)
1929.

Referent: Geheimer Rat Univ.-Professor Dr. Sehling.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit gewidmet.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533901_0039

Inhaltsverzeichnis.

I. Abschnitt: Einleitung.

§ 1. Der Begriff des Kaufmanns.
§ 2. Der Erwerb der Kaufmannseigenschaft.
§ 3. Voll- und Minderkaufmann und die praktische Bedeutung ihrer Abgrenzung.

II. Abschnitt: Die Handwerker und ihr Verhältnis zu den Vollkaufleuten.

§ 4. Das Fehlen einer Definition für den Begriff Handwerk.
§ 5. Der Begriff des Handwerkers im allgemeinen.
§ 6. Der Handwerker als Kaufmann und als Nicht-Kaufmann.
§ 7. Abgrenzung von Fabrik und Handwerk.
§ 8. Handwerkerliche und handelsgewerbliche Nebenbetriebe, gemischte und zusammengesetzte Betriebe.

III. Abschnitt: Die Kleingewerbetreibenden.

§ 9. Der Begriff des Kleingewerbetreibenden.
§ 10. Die Minderkaufmannseigenschaft des Kleingewerbetreibenden.
§ 11. Die Befugnisse der Landesregierungen.

Literaturverzeichnis und Abkürzungen.

Abraham, J.: Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers, Diss. Berlin 1907.

ADHGB.: Das bis 1. Januar 1900 geltende Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch.

Anschütz-Völderndorf: Kommentar zum ADHGB., 2. Auflage 1894, besorgt von Allfeld.

Arch. Bürg. R.: Archiv für Bürgerliches Recht.

Bad. Rpr.: Badische Rechtspraxis.

Baeßler: Der Minderkaufmann, Diss. 1910.

Bang: Die rechtliche Stellung des Handwerkers nach dem Handelsgesetzbuch, Diss. 1904.

Bay. ObLGZ.: Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts, 1899.

Bouveret: Das deutsche Großhandwerk und seine Beitragspflicht zur Industrie- und Handelskammer, Hannover 1925.

Bovensiepen: Der Minderkaufmann und sein Recht, Halle 1905.

Bücher: in Conrads Handwörterbuch der Staatswissenwissenschaften, 2. Aufl. 1900.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Auflage 1910, 9. Aufl. 1922, 10. und 11. Aufl. 1923.

Denkschr. I: Denkschrift zum 1. Entwurf eines HGB., Berlin 1896.

Denkschr. II: Denkschrift zum 2. Entwurf in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897.

Denkschrift der Handelskammer Leipzig: „Abgrenzung der Handels- und der Handwerks- (Gewerbe-) Kammer-Organisation oder Fabrik und Handwerk", Leipzig 07.

Denkschrift der Industrie- und Handelskammer München: Zuständigkeitsbereich der Handels- und Handwerkskammern, München 1925.

Denkschrift des Deutschen Handwerks- und Gewerbekammertages: „Die Entwicklung der Frage: Fabrik und

Handwerk, in Schrifttum und Rechtsprechung, Hannover 1926.

DJZ.: Deutsche Juristenzeitung.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897, Mannheim 1899, 1901 und 1905, 2. Auflage 1908.

Ebermayer StGB.: Kommentar zum Strafgesetzbuch von Ebermayer, Lobe und Rosenberg, 2. Aufl., Leipzig 1922.

Entw. I: Der 1. im Juni 1896 publizierte Entwurf eines HGB. Berlin.

Entw. II: Der zweite Entwurf eines HGB. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897.

Ehrenberg: Handbuch des Handelsrechts, Leipzig 1913 ff.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 16. Aufl. 1925.

Gareis: HGB., Handausgabe, 12. Aufl. 1920.

Gareis Lehrb.: Das Deutsche Handelsrecht, Lehrbuch von K. Gareis, 8. Aufl. 1908.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Bd. I, Berlin 1901-1906.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts, 2. Aufl., Stuttgart 1874.

Goldt A.: Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Begr. von Goltdammer.

Grotefrendt: Vollkaufmann und Minderkaufmann nach dem Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897, Diss. 1899.

Gruch.: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, Begr. von Gruchot., Berlin Jahrg. 44.

Helmecke: Der Begriff des Minderkaufmanns, Diss. 1906.

Hemptenmacher: Börsengesetz, erläutert von Th. Hemptenmacher, 2. Aufl., Berlin 1908.

Holdheim: Monatsschrift für Handelrecht und Bankwesen, von Holdheim, (bis Ende 1919).

Hommel: Die Minderkaufleute und ihre rechtliche Stellung nach dem Handelsgesetzbuch, Dissert. 1910.

Jaeger: Die Konkursordnung, erl. von Ernst Jaeger, 5. Aufl., Berlin 1916.

JFG.: Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.

Jhering: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

JW.: Juristische Wochenschrift.

KGJ.: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Seit 1924 fortgesetzt in JFG.

Landmann v.: Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, Bd. I, 8. Aufl. 1927, Bd. II, 7. Auflage 24.

Lastig.: Der Gewerbetragenden Eintragungspflicht zum Handelsregister und Beitragspflicht zur Handelskammer und Handwerkskammer, Halle 1903, (Festgabe für Fitting).

Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts, 1. Aufl. 1908, 2. Aufl. 1912, 3. Aufl., herausgeg. von Hoeniger, I. Halbband 1921.

Lehmann-Ring: Kommentar zum HGB., Bd. I 1914, Bd. II 1913 ff.

Litthauer-Mosse: Erläuterungen zum HGB., 16. Auflage 1920.

LZ.: Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, jetzt für deutsches Recht.

Makover: Kommentar zum HGB., Bd. I, 12. Aufl., Berlin 1898, 13. Aufl., Berlin 1906/07.

Mat: Die gesamten Materialien von den Reichsjustizgesetzen, v. Hahn, Mugdan. Mat. HGB. 6. Bd. 1897.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelrecht, Tübingen, Teil I 1921, Teil II 1924.

OLGR.: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan-Falkmann. Leipzig.

Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Auflage 1916.

Philippovich: Grundriß der polit. Oekonomie, Bd. I, 16. Aufl. 1916.

Plange: Der Minderkaufmann, Diss. Leipzig 1903.

Pr.OVG.: Preußisches Oberverwaltungsgericht und dessen Entscheidungen.

Puchelt-Förtsch: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., Leipzig 1894.

Recht: „Das Recht", Rundschau für den deutschen Juristenstand. Herausgegeben von Th. Soegerl, Hannover.

Reger: Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Gebiete des auf reichsgesetzlichen und gemeinrechtlichen Bestimmungen beruhenden Verwaltungs- und Polizeistrafrechts, 1892.

RG.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGSt.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Riedemann: Der Minderkaufmann, Dissert. 1909.
Ritter: Die allgemeinen Lehren des Handelrechts, Berlin 1900.
Ritter Komm.: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1910.
RJA.: Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts; zusammengestellt vom Reichsjustizamt, Berlin 1900 ff. Seit 1924 fortgesetzt in JFG.
RKommBer.: Berricht der Reichstagskommission über den Entwurf des HGB.
ROHG.: Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Rosenthal: Der Handwerker und seine rechtliche Stellung nach dem Handelsgesetzbuch, Dissert. 1913.
Schlesinger: Fabrik und Handwerk als Begriff der deutschen Rechtsprechung und Verwaltung, analytisch dargestellt und nationalökonomisch betrachtet, Dissert. 1907.
Sehling: Lehrbuch des Handelsrechts, 1924.
Spenner: Die Kaufmannseigenschaft des Handwerkers, Dissert. 1910.
Sobernheim-Strauß: Handelskammern und Handelsregister in der Rechtsprechung seit dem Jahre 1900, Berlin 1926.
Staub: Kommentar zum HGB., 12./13. Aufl., 1926. Auch die früheren Auflagen.
Thoel: Das Handelsrecht, Bd. I, 6. Aufl. Leipzig 1879.
Weiß: Ueber den Begriff des Minderkaufmanns, Dissert 05.
Wieland: Handelsrecht, I. Bd., München u. Leipzig 1921.
Yelin: Der Begriff des Kaufmanns nach dem HGB., Dissert. 1903.
Zech, Graf v.: Der Minderkaufmann, Dissert. 1903.
ZHR.: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Begr. von L. Goldschmidt.

I. Abschnitt.

Einleitung.

§ 1.

Der Begriff des Kaufmanns.

Vollkaufmann wie Minderkaufmann kann ohne Zweifel nur derjenige sein, der überhaupt Kaufmann ist. Um den Minderkaufmann vom Vollkaufmann abgrenzen zu können, ist es daher notwendig, auf den Begriff des Kaufmanns näher einzugehen.

„Kaufmann im Sinne dieses Gesetzes ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt", so lautet § 1, Abs. I des Handelsgesetzbuches. Aus den Worten „im Sinne dieses Gesetzes" ergibt sich, daß kein allgemeiner Begriff des Kaufmanns geschaffen werden sollte, der Geltung hat, wo nur immer von Kaufmann die Rede ist. Soweit jedoch nicht zwingende Auslegungsgründe entgegenstehen, wird man auch für andere Reichs- und Landesgesetze auf privat- und öffentlichrechtlichem Gebiete unbedenklich den Kaufmannsbegriff des HGB. verwenden können.[1])

Nach der im Gesetz gegebenen Begriffsbestimmung ist ein Dreifaches notwendig zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft:

ein Handelsgewerbe,
ein Betreiben desselben,
ein Betreibender.

---

[1]) Vgl. Staub, S. 29, Anm. 1 zu § 1.
„Für die gleichzeitig mit dem HGB. oder später erlassenen Gesetze ist dies ohne weiteres anzunehmen. Für die früheren Gesetze ergibt es sich aus Art. 3 EGHGB."
Von gewisser Bedeutung für diese Abhandlung ist, daß auch die Landesgesetze über die Handelskammern vielfach den Kaufmannsbegriff des HGB. zugrunde gelegt haben. Vgl. Denkschrift der Handelskammer Leipzig S. 41 ff. So nunmehr auch die bayerische Verordnung vom 25. Febr. 1908, in der Neufassung vom 28. Febr. 1927. GVBl. 1927, S. 89 ff.

a) Das Handelsgewerbe fällt unter den allgemeineren Begriff des Gewerbes, dessen Definition das HGB nicht enthält. Bereits bei der Beratung des ADHGB wurde ein Antrag auf Festlegung des Begriffes „Gewerbe" abgelehnt, da der Ausdruck „gewerbsmäßig" populär genug sei,[2]) auch die Denkschrift zum HGB hält eine Erläuterung des Begriffes für überflüssig[3]) und verweist auf den allgemeinen Sprachgebrauch. Staub[4]) legt auf den Sprachgebrauch nicht so großes Gewicht und ist der Ansicht, daß der Begriff des Gewerbes für das HGB selbständig entwickelt werden müsse, da dieser ein ganz anderer sei, als der in der Gewerbeordnung und in anderen Gesetzen, z. B. denen über Einkommensteuer und Umsatzsteuer.[5]) Er hat damit zweifellos recht, immerhin aber wird man die wichtigsten Merkmale der Gewerbsmäßigkeit, die die Doktrin dem Sprachgebrauch entnommen hat, auch für den handelsrechtlichen Begriff als zutreffend erachten können. Danach versteht man allgemein unter Gewerbe eine fortgesetzt gleichartige, dauernd auf Gewinn gerichtete Tätigkeit, die sich nach außen als solche kundgibt und nicht eine künstlerische oder wissenschaftliche ist.[6])

Die Tätigkeit darf also nicht eine bloß zufällige oder gelegentliche sein, sondern muß mit dem Willen der Wiederholung vorgenommen werden. Auf Erwerb abgestellt ist die Tätigkeit nur, wenn sie von der Absicht der Gewinnerzielung beherrscht wird, nicht aber, wenn nur die Selbstkosten gedeckt werden sollen, wie z. B. bei vielen Wohltätigkeitseinrichtungen. Zur Absicht, eine dauernde Einnahmequelle zu haben, gehört eine gewisse Planmäßigkeit, jedoch ist nicht notwendig, daß man mit jedem Geschäft Gewinn erzielen will oder daß man überhaupt Gewinn erzielt. Die Erkennbarkeit der Gewerbsmäßigkeit nach außen hält Staub[7]) im Gegensatz zum Reichs-

[2]) Protokolle S. 1306.
[3]) Mat. 197.
[4]) S. 30, Anm. 6.
[5]) KG. in JW. 1918, 776 und Anm. dazu von Stier-Somlo.
[6]) RG. in JW. 99, 282, 1910, 803; Bay. OLG. in JW. 1916, 917; RG. 38, 20, 66, 51 und 143; KGRspr. 9, 239; Düringer-Hachenburg, Bd. I, S. 103, Anm. 3 zu § 1.
[7]) S. 33, Anm. 12.

gericht[8]) für nicht erforderlich, weil auch auf dem Gebiete des Strafrechts[9]) dieser Umstand nicht als Begriffsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit verlangt wird. Wenn schon der Begriff der Gewerbsmäßigkeit für das Handelsrecht selbständig festgestellt werden muß, so ist nicht einzusehen, warum das HGB. hier dem Strafrecht folgen soll. Mit Rücksicht auf das Publikum, das den Erwerbswillen erkennen soll, kann auf dieses Begriffsmerkmal nicht verzichtet werden. Als negatives Moment wird gefordert, daß die Tätigkeit nicht in den Bereich der Kunst oder Wissenschaft fällt, was sich mit dem Wesen des Gewerbes als einer wirtschaftlichen Tätigkeit nicht vereinbaren ließe. Die Tätigkeit muß mittels kaufmännischer, allenfalls technischer Kenntnisse und Fertigkeiten Gewinnerzielung bezwecken.[10]) Daher sind Rechtsanwälte, Aerzte usw. nach HGB keine Gewerbetreibenden, auch wenn sie in gewisser Hinsicht der Gewerbeordnung unterstellt sind. Ihre Gewerbsmäßigkeit tritt soweit zurück oder soll wenigstens soweit zurücktreten, daß man zwar von einem Beruf, aber nicht von einem Gewerbe reden kann.

Wann ein Gewerbe zum Handelsgewerbe wird, bestimmt das HGB in seinen §§ 1, Abs. II und 2. Darauf werden wir später noch näher einzugehen haben.

b) Zum Betreiben des Handelsgewerbes gehört lediglich, daß die Geschäfte im Namen einer Person abgeschlossen werden.[11]) Diese Person, der Geschäftsherr, wird daraus berechtigt und verpflichtet, ohne daß sie persönlich tätig zu werden braucht. Ganz gleichgültig ist auch, auf wessen Rechnung der Abschluß der Geschäfte erfolgt und wem die Betriebsmittel gehören.

Selbstverständlich muß es sich um einen rechtsgültigen Betrieb handeln. Die Wirksamkeit des Betriebes fehlt, wenn Geschäftsunfähige, z. B. Geisteskranke, selbständig ein Handelsgewerbe betreiben oder Minderjährige über sieben Jahre

[8]) JW. 94, 19; ebenso ROHG. 3, 407; Düringer-Hachenburg, § 10, Anm. 5; Ehrenberg 2, 22.

[9]) Olshausen, Anm. 2 zu § 260 StGB.

[10]) Vgl. Staub, S. 31, Anm. 9.

[11]) ROHG. 7, 301; RG. 13, 146, 37, 61; KG. in KGJ. 26 A 214; OLG. Kolmar im Recht 1911, Nr. 619; Cosack, 9. Aufl., S. 24.

ohne Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter. Ebenso können Wucherer und Bordellwirte als solche nicht Kaufleute sein, weil ihre Geschäfte nach § 138 BGB nichtig sind.

c) Subjekt des Handelsgewerbes ist jedes rechtsfähige Gebilde, das nach bürgerlichem Rechte fähig ist, Rechte zu erwerben und Verpflichtungen auf sich zu nehmen. Betreibender eines Handelsgewerbes kann also jede natürliche oder juristische Person sein. Irgend welche andere subjektive Erfordernisse, die in früheren Rechten sehr zahlreich waren, bestehen heute nicht mehr.

Bei Vorhandensein dieser drei Voraussetzungen: Handelsgewerbe, Betrieb und Betreibender, ist die Kaufmannseigenschaft erfüllt, selbst wenn öffentlichrechtliche Vorschriften entgegenstehen. Auch die Reichsbeamten, denen nach § 16 Reichsbeamtengesetzes der Handelsbetrieb untersagt ist, sind Kaufleute, wenn sie tatsächlich ein Handelsgewerbe betreiben.

Der hier gefundene juristische Begriff des Kaufmanns weicht ganz bedeutend ab von dem wirtschaftlichen und dem des Sprachgebrauchs. So sind die meisten Handwerker Kaufleute nach HGB, die kein Laie für solche ansieht. Andrerseits werden vielfach bloße Angestellte, wie Handlungsgehilfen und Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften als Kaufleute bezeichnet, die es im Rechtssinne nicht sind.[12])

§ 2.

Der Erwerb der Kaufmannseigenschaft.

Wie im Vorhergehenden bereits erwähnt, bestimmt das HGB selbst, was als Handelsgewerbe gilt, an das es die Kaufmannseigenschaft knüpft. Je nachdem nun, welches Gewerbe das Gesetz und unter welchen Voraussetzungen es ein solches

---

[12]) Staub erwähnt hier als Besonderheit, daß nicht jeder „Diplomkaufmann" Kaufmann im Sinne des HGB ist. (Bay. OLG. in JW. 1925, 1014). Jener Begriff sei ein Titel, der auf gewisse Kenntnisse abstelle, der Kaufmannsbegriff dagegen auf ausgeübte Tätigkeit. S. 29, Anm. 2.

als Handelsgewerbe ansieht, unterscheidet man verschiedene Begründungsmöglichkeiten für die Kaufmannseigenschaft.[1])

Ohne weiteres ist Kaufmann, wer ein Gewerbe nach § 1 Abs. II betreibt, und zwar ganz unabhängig von seinem Willen, lediglich auf Grund der Tatsache, daß sein Gewerbebetrieb eine hier aufgeführte Geschäftsart, ein sogenanntes Grundhandelsgeschäft, zum Gegenstande hat. Die deutlichste Bezeichnung für diese Art von Kaufleuten ist: Kaufleute kraft Gegenstand des Gewerbes, die gebräuchlichste: Mußkaufleute.[2]) Die Eintragung in das Handelsregister hat hier nur deklaratorische Bedeutung.

Die zweite Art von Kaufleuten hat zur Voraussetzung die Eintragung ins Handelsregister, die in diesem Falle als konstitutiver Natur ist. Solche Kaufleute ihrer bloßen Form willen, ohne Rücksicht auf Gegenstand, Art und Umfang des Unternehmens, sind die Aktiengesellschaften, die Aktienkommanditgesellschaften, die Gesellschaft m. b. H. und die eingetragenen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

Außer nach diesem materiellen System einerseits und dem formellen System andererseits wird die Kaufmannseigenschaft auch noch begründet, wenn gewisse materiell-formelle Erfordernisse erfüllt sind, die in den §§ 2 und 3 HGB aufgestellt sind. Nach § 2 HGB ist zwar kein Grundhandelsgewerbe des § 1 für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft notwendig, wohl aber der Betrieb eines Gewerbes, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Zu dieser materiellen Voraussetzung muß aber noch das formelle Erfordernis der Eintragung hinzukommen. Die Eintragung ist hier Pflicht und kann vom

---

[1]) Schirrmeister hat in ZHR Bd. 48, S. 436 ff. diese 3 Systeme aufgestellt. Er nennt sie: das materielle, das formelle und das materiell-formelle System.

[2]) Diese Bezeichnung stammt von Simon, ebenso die Ausdrücke: Soll- und Kannkaufleute. Cosack (9. Aufl., S. 22) nennt die drei Arten der Kaufleute: Kaufleute kraft Gewerbebetriebs (oder Ist- oder Mußkaufleute), Kaufleute kraft Eintragung (je nachdem sie nur die Berechtigung oder aber auch die Verpflichtung hiezu hatten, sind diese Kann- oder Soll-Kaufleute) und Kaufleute kraft Geburt oder Formkaufleute.

Registerrichter durch Ordnungsstrafen erzwungen werden. Man heißt diese Kaufleute deshalb „Sollkaufleute". Nach § 3 *kann* der Inhaber eines unter § 1 fallenden oder gemäß § 2 organisationsbedürftigen Unternehmens, das sich als Nebengewerbe eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellt, durch Eintragung die Kaufmannseigenschaft erwerben. Er wird allgemein „Kann-Kaufmann" genannt.

§ 3.

Voll- und Minderkaufmann und die praktische Bedeutung ihrer Abgrenzung.

Die Kaufmannseigenschaft, die durch die im vorigen Paragraphen ausgeführten Begründungsmöglichkeiten entsteht, ist eine völlig gleichwertige. Muß-, Soll-, Kann- und Form-Kaufleute sind also nicht verschiedene Arten von Kaufleuten, wie besonders früher verschiedentlich angenommen wurde,[1]) sondern bezeichnen lediglich die verschiedenartige Begründungsmöglichkeit einer und derselben Kaufmannseigenschaft. Alle diese Kaufleute sind Vollkaufleute, das heißt das HGB findet auf sie volle Anwendung.

Das HGB kennt aber auch verschiedene Arten von Kaufleuten, eine Abstufung der Kaufmannsqualität. Die abstrakte Fassung und die dadurch bedingte Elastizität des Kaufmannsbegriffes haben zur Folge, daß sowohl der Tausende von Arbeitern beschäftigende Fabrikbesitzer wie der kleinste Warenhandwerker, der Krämer wie der Exporteur darunter fallen. Es ist ohne weiteres klar, daß nicht alle Vorschriften des HGB auf diese wirtschaftlich so verschiedenen Kaufleute in gleicher Weise anwendbar sind. Das Handelsrecht ist teilweise ein sehr strenges Recht und es würde eine große Härte darstellen, wollte man die Vorschriften, die den Kaufleuten minderer Bedeutung nur Nachteile bringen können, auf diese Anwendung finden lassen. Die Gefahr drohender Nachteile ist umso größer, als gerade diese kleinen Kaufleute mangels besonderer Vorbildung die oft schwierigen handelsrechtlichen Vorschriften nur schwer verstehen und befolgen könnten, eine kaufmän-

[1]) Z. B. von Düringer im Recht 1900, S. 92, Nr. 5.

nische Geschäftsführung durch geschultes Personal aber würde nicht in den Rahmen ihres nur geringe Einnahmen bringenden Gewerbebetriebes passen.

Auf Grund dieser Verhältnisse, die wirtschaftlicher Natur sind, wurde der Gesetzgeber veranlaßt, die Kaufleute minderer Bedeutung von gewissen, für sie lästigen, ja nachteiligen handelsrechtlichen Normen auszunehmen und eine Art von Kaufleuten zu schaffen, der mindere Rechte und mindere Pflichten zukommen. Jm Gegensatz zu den Vollkaufleuten werden diese Kaufleute seit Goldschmidt[2]) „Kaufleute minderen Rechts" oder „Minderkaufleute" genannt.

Die Wirkungen, die sich an die Minderkaufmannseigenschaft knüpfen, und die die außerordentliche Tragweite der Unterscheidung von Voll- und Minderkaufleuten und die praktische Bedeutung ihrer Abgrenzung erklären, sind mannigfaltiger Natur.

Nach § 4 HGB wird der Minderkaufmann insbesondere durch die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura nicht betroffen. Die Eintragung einer Firma ins Handelsregister ist ihm also versagt, er ist zur Firmenführung weder berechtigt noch verpflichtet und betreibt sein Geschäft unter seinem bürgerlichen Namen, unter dem er allein klagen und verklagt werden kann. Es treffen ihn aber auch nicht die Vorschriften der §§ 25 bis 27 HGB über die Haftung des Geschäftsnachfolgers.[3]) Die Befreiung von der Verpflichtung, Handelsbücher zu führen, Inventarverzeichnis und Bilanz aufzustellen, gewinnt vor allem im Falle des Konkurses Bedeutung und zwar insoferne, als der Minderkaufmann der strafrechtlichen Verfolgung nach § 239 Ziff. 3

[2]) S. 521, § 46, VI, 2. Die Bezeichnung „Minderkaufleute" ist besser, da den minderen Rechten auch mindere Pflichten gegenüberstehen: gerade auf letztere ist das Hauptgewicht zu legen. Keinen Anklang konnte der von Endemann geprägte und von Thoel (Bd. I, S. 144) in gleichem Sinn verwandte Ausdruck „Kleinkaufleute" finden, da er ganz unrichtiger Weise allein auf den Umfang abzielt.

[3]) RG. 55, 83 und im Recht 1906, 449, 1912, Nr. 1535. Staub, Anm. 6 zu § 25, S. 192; Lehmann-Hoeniger, § 16, S. 58; Bovensiepen, S. 37; A. M. Goldmann I 102 und Müller-Erzbach, Kap. 15.

und § 240 Ziff. 3 Konkursordnung entzogen ist.[4]) Erteilt der Minderkaufmann, für den die Bestimmungen über die Prokura keine Geltung haben, dennoch eine Prokura, so ist dies in der Regel kein ungültiger Akt, sondern man wird sie in Anwendung des § 140 BGB in einer Generalhandlungsvollmacht umdeuten müssen, wenn anzunehmen ist, daß der Prinzipal eine ihrem Umfange nach der Prokura möglichst gleichkommende Handlungsvollmacht erteilen wollte.[5])

Eine einschneidende Bestimmung enthält ferner der Absatz II des § 4, wonach durch Vereinigung zu einem Minderhandelsgewerbe keine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft begründet werden kann, sondern nur eine bürgerliche Gesellschaft nach den §§ 705 ff. BGB.

Auch auf rechtsgeschäftlichem Gebiete hat der Minderkaufmann eine Sonderstellung. § 351 HGB erklärt die §§ 348 bis 350, die gewisse verschärfte Bestimmungen gegenüber dem BGB enthalten, für ihn für unanwendbar. Es kann also eine von einem Minderkaufmann im Betriebe seines Gewerbes versprochene unverhältnismäßig hohe Konventionalstrafe durch Urteil herabgesetzt werden, dem minderkaufmännischen Bürgen steht die Einrede der Vorausklage zu, zur Gültigkeit einer Bürgschaft, eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses bedarf es der Schriftform.

Außer nach diesen ausdrücklichen Ausnahmebestimmungen wird auch noch durch Auslegung manch anderer Paragraphen eine abweichende Behandlung der Minderkaufleute zu fordern sein. Verzug, Fahrlässigkeit, Sorgfalt, Unverzüglichkeit der Mängelrüge usw. müssen beim Minderkaufmann einer besonderen Beurteilung unterliegen, er muß durchgängig mit einem anderen, milderen Maßstabe gemessen werden als der Vollkaufmann, insbesondere beim passiven Verhalten.[6])

Außerhalb des Handelsgesetzbuchs finden sich ebenfalls zahlreiche Bestimmungen, die den Minderkaufleuten eine Sonderstellung einräumen, ja es richtet sich die Anwendung gan-

---

[4]) Es ist dies bestritten. Zustimmend Frank zu § 239 KO. unter III, 4; Ebermayer, StGB. Anm. zu § 239 KO.; Jaeger, § 239, Nr. 39. Abweichend Olshausen, § 239, Nr. 26 und die herrschende Meinung.

[5]) Staub, S. 78, Anm. 25 zu § 4.

[6]) ROHG. 2, 443; 13, 439. Staub, S. 80, Anm. 28 zu § 4.

zer Gesetze darnach, ob jemand Voll- oder Minderkaufmann ist. Zu beachten ist jedoch dabei, daß häufig in diesen Gesetzen nicht vom Minderkaufmann im technischen Sinne die Rede ist, sondern z. B. vom „Kaufmann, dessen Firma in das Handelsregister nicht eingetragen ist". So findet keine Anwendung das Gesetz vom 16. Mai 1894, betreffend die Abzahlungsgeschäfte, wenn der Empfänger der Ware in das Handelsregister eingetragen ist. Umgekehrt ist der Minderkaufmann gemäß § 13 des Gesetzes, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. 7. 1896, des sog. Depotgesetzes, von den dem Vollkaufmann obliegenden Verpflichtungen befreit. Nach § 109 des Gerichtsverfassungsgesetzes kann zum Handelsrichter nur ernannt werden, wer als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist oder war. § 53 Börsengesetzes bestimmt, daß von Minderkaufleuten die Kleingewerbetreibenden nicht börsen-termingeschäftsförmig sind, auch wenn sie im Handelsregister eingetragen sind.[7]) Es würde zu weit führen, in diesem Zusammenhang auch noch die rechtliche Stellung des zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen Minderkaufmanns zu erörtern. Bemerkt soll lediglich werden, daß gemäß § 5 HGB der zu Unrecht eingetragene grundsätzlich als Vollkaufmann gilt, ein solcher aber nicht ist.

Auch die Zugehörigkeit der Gewerbetreibenden zu den Handelskammern machen fast sämtliche deutschen Handelskammer- bezw. Handels- und Gewerbekammergesetze in bestimmter Weise vom Eintrag ins Handelsregister abhängig, d. h. die Minderkaufleute haben grundsätzlich nicht das aktive und passive Wahlrecht zur Handelskammer und haben auch keine Beiträge zu entrichten.[8]) Die Handwerkskammern halten nun ihrerseits viele eingetragene Unternehmungen zur Beitragsleistung an, wenn sie diese auf Grund der Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung als ihre Mitglieder betrachten. Die Folge davon ist eine von den Beteiligten überaus lästig empfundene Doppelbesteuerung. Dieser äußerst praktische Gesichtspunkt hat zwischen den beteiligten Berufsvertretungen, den Handels- und Handwerkskammern, einen heftigen Streit

---

[7]) Vgl. Hemptenmacher, S. 185, Anm. 6 zu § 53.

[8]) Für Bayern vgl. §§ 21, 24, 11 der Jndustrie- und Handelskammerverordnung v. 5. 2. 27, GVBl. 89 ff.

hervorgerufen, der immer noch nicht in befriedigender Weise beigelegt ist, obwohl er schon nahezu drei Jahrzehnte währt.[9])

Aus all dem ersehen wir, welch große Wichtigkeit der Unterscheidung von Vollkaufmann und Minderkaufmann zukommt. Aufgabe der folgenden Ausführungen soll es sein, auf Grund der Bestimmungen des Handelsgesetzbuches und deren Auslegung eine möglichst scharfe Grenze zwischen den Vollkaufleuten und Minderkaufleuten zu ziehen.

Wir werden dies in der Weise zu erreichen suchen, daß wir genau erörtern: wer ist Minderkaufmann, d. h. Handwerker und Kleingewerbetreibender und die bei dieser Untersuchung sich ergebenden Begriffsmerkmale zu denen der Vollkaufleute in Beziehung setzen. Den wesentlich größten Raum werden die Ausführungen über die Abgrenzung des Handwerkers — als Minderkaufmann — vom Fabrikanten — als Vollkaufmann — einnehmen, da dieser Unterscheidung in der Praxis einerseits die größten Schwierigkeiten entgegenstehen, andrerseits besonders hohe Bedeutung zukommt.

[9]) Vgl. Lastig, S. 529 ff. Denkschrift der Handelskammer Leipzig 1907 und Denkschrift der Industrie- und Handelskammer München 1925. In letzterer heißt es S. 8: „Die handelsgerichtliche Eintragung besitzt zur Zeit wohl zivilrechtliche, aber nicht öffentlichrechtliche Bedeutung," S. 43: „Die idealste Lösung der Verwicklungen bestände darin, daß man der Eintragung ins Handelsregister konstitutive Bedeutung auch im öffentlichen Rechte zuerkennte, sodaß bei einer einmal eingetragenen Firma kein Zweifel über den gewerblichen Charakter mehr möglich wäre".

II. Abschnitt.

Die Handwerker und ihr Verhältnis zu den Vollkaufleuten.

§ 4.

Das Fehlen einer Definition für den Begriff Handwerk.

Sehr einfach liest sich in § 4 des Handelsgesetzbuches: „Die Vorschriften über die Firmen .... finden auf Handwerker .... keine Anwendung", und man denkt vielleicht dabei an eine recht schöne abgerundete Definition, die es für den Begriff „Handwerk" geben könnte. Allein man sucht vergebens im HGB nach einer solchen, ebenso vergeblich auch in anderen Gesetzen, in denen vom Handwerk die Rede ist, wie z. B. in der Reichsgewerbeordnung. Ob die in einem anderen Gesetz aufgestellte Definition für das Handelsrecht überhaupt maßgebend wäre, müßte erst untersucht werden. Man kann diese Frage aber ohne weiteres bejahen, jedenfalls wird der Begriff Handwerk vom Reichsgericht auf den hier in Betracht kommenden Rechtsgebieten, auf dem des Handelsgesetzbuchs, wie denen der Gewerbeordnung und des Haftpflichtgesetzes, in einheitlicher, übereinstimmender Weise verstanden und umgrenzt.[1]) Es wird daher die mit dem Handwerk sich befassende Literatur und Rechtsprechung der außerhalb des Handelsrechts einschlägigen Rechtsgebiete weitgehendst zu berücksichtigen sein.

Der Grund, warum der Gesetzgeber geflissentlich vermieden hat, eine klare Begriffsbestimmung für Handwerk aufzustellen, liegt darin, daß dies eben unmöglich war; sogar eine erschöpfende Aufzählung der handwerksmäßigen Gewerbe hielt man für untunlich. In der Begründung des Entwurfes zum sog. Handwerkerschutzgesetz von 1897 heißt es: „Von einer Feststellung derjenigen Gewerbe, welche zum Handwerk zu rechnen sind, sieht der Entwurf ab, weil eine

[1]) Vgl. hiezu Leipziger Denkschrift, S. 40, wo an Hand zahlreicher Entscheidungen dieser Standpunkt des RG. dargetan ist.

erschöpfende Aufzählung angesichts der Vielgestaltigkeit der gewerblichen Verhältnisse nicht möglich ist. Ebensowenig erscheint es möglich, eine brauchbare gesetzliche Bestimmung für den Begriff Handwerk aufzustellen."

Was der Gesetzgebung nicht möglich war, ist auch der Rechtslehre nicht gelungen. Die maßgebenden Kommentatoren des Handelsgesetzbuchs versuchen überhaupt nicht eine Definition zu geben. v. Landmann versteht in seinem Kommentar zur Reichsgewerbeordnung unter Handwerk „die nicht fabrikmäßig betriebenen Gewerbe der Be- und Verarbeitung von Rohstoffen und Halbfabrikaten, ferner Reparatur und Reinigung von Gegenständen, wenn in dem Betriebe eine handwerksmäßige Lehrlingsausbildung stattfindet". Diese Definition kann schon deshalb nicht befriedigen, weil hier vom Fabrikbegriff ausgegangen wird, der ebensowenig feststeht, worauf wir unten zurückkommen werden.

Schließlich hat auch die Rechtsprechung von einer Begriffsbestimmung des Handwerks abgesehen und sich mit einer Umschreibung und Umgrenzung des Begriffs durch Aufstellung von Merkmalen begnügt. „Handwerk ist nämlich ein so flüssiger, wandelbarer, dem Wirtschaftsleben eigentümlicher Begriff, daß jeder Versuch, ihn in die starre Form einer alle Fälle umfassenden und allzeit gültigen Definition zwingen zu wollen, an seiner Eigenart scheitern muß".[2])

Gesetzgebung, Rechtslehre und Rechtsprechung mußten also darauf verzichten, eine Definition des Begriffes Handwerk aufzustellen, die allen vorkommenden Fällen gerecht werden könnte.

Nicht anders ist es mit dem Begriff „Fabrik", der, falls er feststünde, einen Schluß auf den Begriff Handwerk zuließe. Bei der Beratung der Handwerkernovelle[3]) wurde erklärt: „Eine Begriffsbestimmung für die Fabriken im Gesetz aufzunehmen, ist unmöglich". Die Definitionen in vielen älteren Gesetzen, von denen einige im Nachfolgenden der historischen Entwicklung des Problems wegen erwähnt werden sollen, sind alle als unbrauchbar erkannt und deshalb aufgegeben worden.

[2]) OLG. Darmstadt v. 31. 1. 1902.
[3]) Reichstagsdrucksachen 1895/97, Nr. 819.

Das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794[4]) umschrieb den Fabrikbegriff wie folgt: „Anstalten, in denen zur Bearbeitung oder Verfeinerung gewisser Naturerzeugnisse im großen betrieben wird, werden Fabriken genannt.“ Der Betrieb im Großen für sich allein ist heute durchaus kein wesentliches Kriterium mehr für die Fabrik.

Das Königliche Sächsische Gewerbesteuergesetz von 1861 nennt Fabrikanten „Inhaber von Geschäften, welche die Herstellung und Zurichtung von Handelswaren im großen und zum Vertriebe im Großen oder zum Wiederverkaufe, insbesondere unter Anwendung nicht gewerbsmäßig ausgebildeter Gehilfen und mit Teilung der Arbeit betreiben.“

Noch unbefriedigender ist die Bestimmung der Württembergischen Gewerbeordnung von 1862, die als Fabriken bezeichnet „die gewerblichen Unternehmungen, die in geschlossenem Etablissement unter Verwendung von mehr als 20 Arbeitern mit Hilfe elementarer Betriebsstoffe oder nach dem Prinzip der Arbeitsteilung betrieben werden“. Ebensowenig können die Preußische Verordnung, betreffend die Errichtung von Gewerbegerichten, vom 9. Febr. 1884 und der Oesterreichische Ministerialerlaß von 1883 mit ihren Begriffsbestimmungen, die alles eher als wissenschaftlich sind, Anspruch auf Brauchbarkeit erheben.

Am besten erscheint uns noch die Definition des Schweizerischen Fabrikgesetzes vom 23. 3. 1877: „Fabrik ist jede industrielle Anstalt, in welcher gleichzeitig und regelmäßig eine Mehrzahl von Arbeitern außerhalb ihrer Wohnungen in geschlossenen Räumen beschäftigt wird.“ Sie ist kurz und bündig und könnte in ihrer allgemeinen Fassung für den praktischen Gebrauch wohl geeignet sein, wenn sie nicht bereits veraltet wäre und die heute für den Fabrikbegriff geforderten Merkmale erschöpfend enthielte.

Im Gegensatz zu den älteren Gesetzen weisen die neueren keine Definitionen mehr auf. Eine Ausnahme macht das Gewerbe-Unfallversicherungsgesetz vom 30. Juni 1900, das in § 2 Abs. III bestimmte: „Im übrigen (d. h. außer den in den §§ 1 und 2, Abs. II genannten Betrieben) *gelten* als Fabriken im Sinne dieses Gesetzes insbesondere diejenigen Betriebe, in denen die Bearbeitung oder Verarbeitung von Gegenständen ge-

[4]) Titel 8, Teil II, § 407.

werbsmäßig ausgeführt wird und zu diesem Zwecke mindestens 10 Arbeiter regelmäßig beschäftigt werden, sowie Betriebe, in welchen Explosivstoffe oder explodierende Gegenstände gewerbsmäßig erzeugt werden." Die Ausnahme ist aber nur eine scheinbare; denn es handelt sich hier um gar keine Definition, sondern um eine Fiktion, was durch das Wort „gelten" zum Ausdruck kommt. Außerdem will diese Formulierung nicht wissenschaftlich sein, sie dient vielmehr nur dem sozialpolitischen Zwecke des Unfallversicherungsgesetzes, für dessen Geltungsgebiet allein sie für maßgebend erklärt ist.

Die Abgrenzung von Handwerk und Fabrik spielt außer auf juristischem auch auf volkswirtschaftlichem Gebiete eine gewisse Rolle. Mit Rücksicht darauf, daß sie zur Lösung des Problems beitragen können, sollen die Versuche der volkswirtschaftlichen Literatur, wissenschaftliche Begriffsbestimmungen für Handwerk und Fabrik zu geben, nicht unberücksichtigt bleiben.

Karl Bücher[5]) stellt für Handwerk und Fabrik folgende Begriffsbestimmungen auf: „Handwerk ist dasjenige gewerbliche Betriebssystem, bei welchem der Produzent als Eigentümer sämtlicher Tauschwerte für nicht seinem Haushalte angehörende Konsumenten erzeugt. Handwerk ist immer Kundenproduktion, Produktion für bekannten Absatz". „Fabrik ist diejenige Art des gewerblichen Betriebes, bei welcher ein Unternehmer regelmäßig eine größere Zahl von Arbeitern außerhalb ihrer Wohnung in eigener Betriebsstätte beschäftigt". Diese Definitionen genügen wohl den Zwecken der Volkswirtschaft, wenn ihr Wert auch angezweifelt werden muß, — die Kundenarbeit z. B. ist kein wesentliches Merkmal für das Handwerk — für ein Gesetz jedenfalls sind sie unbrauchbar, weil sie in der juristischen Praxis angewendet infolge ihrer allgemeinen Fassung und Lückenhaftigkeit versagen müssen. Mit Recht sagt daher Staub,[6]) daß der wirtschaftliche und geschichtliche Begriff des Handwerks, wie ihn Bücher gibt, hier nicht maßgebend sein kann.

---

[5]) in Conrads Handwörterbuch der Staatswissenschaften unter dem Artikel „Gewerbe".

[6]) S. 69, Anm. 2 zu § 4.

Trotz der stets erkannten Unmöglichkeit, einwandfreie Definitionen für Handwerk und Fabrik aufzustellen, sind die Stimmen der Berufsvertretungen von Industrie und Handwerk, die die Aufstellung von Legaldefinitionen forderten, lange nicht verstummt,[7]) wieder ein Beweis dafür, daß gerade für die Praxis die genaue Unterscheidung der beiden Begriffe von besonderer Wichtigkeit ist. Heute steht man allgemein auf dem Standpunkt, daß erschöpfende Begriffsbestimmungen etwas Unerreichbares sind und auch die Organisationen der beteiligten Stände sind sich bewußt geworden,[8]) daß sie durch starre Definitionen nichts gewonnen, sondern der ganzen gewerblichen Entwicklung, die in stetem Flusse ist, Gewalt angetan hätten.

§ 5.

Der Begriff des Handwerkers im allgemeinen.

Mangels einer Definition ist der Begriff Handwerk aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches selbst und aus dem Wesen und Zweck dieser Bestimmungen abzuleiten. Es ist Staub[1]) durchaus beizupflichten, wenn er sagt: „Für § 4 ergibt sich aus Wortlaut und Zweck dieser Vorschrift und aus dem Zusammenhang ein selbständiger Begriff des Handwerks, dessen Bestandteile besonders zu entwickeln sind.“ Selbstverständlich wird das Ergebnis sich ebensowenig wie beim Begriff Kaufmann mit der Volksauffassung decken, was aber völlig gleichgültig ist. Denn es handelt sich hier allein darum, einen juristischen Begriff so zu umschreiben, daß er für die gerichtliche Praxis verwertbar ist.

---

[7]) Der IV. Deutsche Handwerks- und Gewerbekammertag zu München im Jahre 1903, wie die Handelskammer Stuttgart, traten energisch dafür ein.

[8]) Der Handwerks- und Gewerbekammertag von 1908 in Breslau hielt bereits wieder eine Begriffsbestimmung für unmöglich, und die Leipziger Denkschrift sah sich zu der Feststellung gezwungen: „Eine gesetzliche Definition des Handwerksbegriffs wäre an sich zu wünschen, läßt sich aber in befriedigender Weise nicht geben.“

[1]) S. 69, Anm. 2, zu § 4.

Eine gewisse Bedeutung ist dabei wohl der historischen Entwicklung beizumessen, aber bei weitem nicht in dem Maße, wie dies vielfach geschehen ist. Bovensiepen z. B. meint:[2]) „Ein sehr wertvoller Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage, gehört ein Betrieb zum Handwerk oder nicht, wird stets der historische Ausgangspunkt des betreffenden Gewerbes sein. Ist dieses aus einem ursprünglich rein handwerksmäßig betriebenen Gewerbe hervorgegangen, steht es mit ihm nachweisbar in einem Zusammenhang, so wird die Vermutung für die Zugehörigkeit streiten."

Diese Ansicht kann nicht richtig sein; denn die Entwicklung aus dem Handwerksmäßigen läßt sich bei jedem Gewerbe, auch bei der Form des Fabrikbetriebes, nachweisen, wenn auch oft nur als mittelbare und trotzdem liegen die Begriffsmerkmale des Handwerksmäßigen nicht mehr vor. Noch weiter geht Lastig,[3]) der überhaupt nur die Gewerbezweige als handwerksmäßige gelten lassen will, die aus dem Handwerk hervorgegangen sind. Ebensowenig verträgt sich mit dem Zwecke des HGB die Einschränkung, die Staub[4]) dem Handwerksbegriffe gibt: „Auch die geschichtliche Entwicklung der einzelnen Gewerbebetriebe ist zu berücksichtigen, daher z. B. das Herstellen von Parfümerien nicht als Handwerk zu betrachten ist." Unserer Ansicht nach kann auch das nicht-historische Handwerk ein Handwerk im Sinne des HGB sein.

Auszugehen ist bei der Begriffsbestimmung des Handwerks von seinen wirtschaftlichen Merkmalen. Das Handwerk fällt unter den weiteren Begriff Gewerbe, wie wir ihn oben kennen gelernt haben, und ist in den engeren Bereich derjenigen Gewerbe einzureihen, die in der Bearbeitung oder Veredlung von Rohstoffen, Halbfabrikaten oder fertigen Erzeugnissen bestehen,[5]) um diese in Bezug auf Stoff oder Form oder in beiden Richtungen zugleich dem menschlichen Bedürfnisse brauchbar zu machen. Mit anderen Worten: Das Handwerk ist eine Form der Unternehmerproduktion, die die

[2]) S. 22.
[3]) S. 592.
[4]) S. 72, Anm. 11 zu § 4. Er schließt sich damit dem Bayer. ObLG. (in LZ. 1910, 870) an.
[5]) v. Landmann, Bd. I, S. 29, Bd. II, S. 281.

Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere oder die Weiterveräußerung von Waren nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung zum Gegenstande hat.

Dieselben Merkmale weist auch die zweite Form der Unternehmerproduktion auf, die Fabrik. Beide Betriebsformen also sind sogenannte stoffveredelnde Gewerbe. Was gerade das dem Handwerk Eigentümliche, das Handwerksmäßige, das den Handwerksbetrieb vom Fabrikbetrieb Unterscheidende ausmacht, kann nur in der Abgrenzung beider Betriebsformen gefunden werden.

Bevor wir jedoch darauf näher eingehen, muß klar festgestellt sein, welche Handwerker Kaufleute und damit Minderkaufleute sind. Denn mit Rücksicht auf das gestellte Thema kommt für die Abgrenzung von Fabrik und Handwerk der Handwerker, der Nicht-Kaufmann ist, nicht in Betracht.

§ 6.

Der Handwerker als Kaufmann und als Nicht-Kaufmann.

Die Frage, wann ein Handwerker zum Kaufmann wird oder welcher Handwerker Kaufmann ist, beantwortet sich dadurch, daß wir prüfen, welche der in § 2 der Abhandlung aufgeführten Begründungsmöglichkeiten der Kaufmannseigenschaft auf den Handwerker zutreffen.

Ohne weiteres ist klar, daß ein Handwerker nicht Formkaufmann sein kann, Denn Formkaufleute sind die Aktiengesellschaften usw., also juristische Personen; Träger der Kaufmannseigenschaft sind bei diesen nicht die einzelnen Gesellschafter, die Mitglieder, sondern die Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft selbst. Gleichgültig ist daher, ob die Mitglieder Kaufleute oder Nicht-Kaufleute, Voll- oder Minderkaufleute sind, die Vereinigung zu einer solchen Gesellschaft hat auf ihre Kaufmannseigenschaft nicht den geringsten Einfluß.

Ebensowenig haben die Handwerker die Möglichkeit, Kaufmannseigenschaft nach den §§ 2 und 3 HGB zu erwerben, also Soll- und Kann-Kaufleute zu werden. Denn diese entstehen erst mit der Eintragung einer Firma, die gerade den Handwerkern gemäß § 4 HGB verschlossen ist. An und

für sich kann jeder Gewerbetreibende Kaufmann nach § 2 werden, wenn sein Gewerbebetrieb nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und die Eintragung in das Handelsregister erfolgt ist. Es wurde daher verschiedentlich behauptet,[1]) daß § 2 HGB auch auf den Handwerker Anwendung finde und § 4 keine Ausnahme von § 2 sei. Vor allem haben die Handelskammern den Versuch gemacht, umfangreicheren Handwerksbetrieben den Erwerb der Kaufmannseigenschaft nach § 2 zu ermöglichen. So bestreitet auch die Denkschrift der Handelskammer Leipzig, daß § 4 HGB dann einschlage, wenn der Betrieb kaufmännische Einrichtungen im Sinne des § 2 HGB erfordere.

§ 2 und § 4 HGB können aber miteinander nicht verquickt werden, § 4 ist ebenso wie § 3 eine Ausnahmebestimmung gegenüber § 2. Dies ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte und dem Zwecke der Bestimmung. Bei der Abfassung des HGB ging man davon aus, den Handwerkern ihre Sonderstellung zu erhalten.[2]) Nach dem ADHGB aber war es den Handwerkern nicht möglich, ihre Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen,[3]) woraus die Richtigkeit obiger Ansicht gefolgert werden muß. Auch der Stellung des § 4 entspricht es, daß er eine Ausnahme von den vorhergehenden §§ sein soll.

Die Literatur und die Rechtsprechung sind überwiegend zu demselben Ergebnis gekommen, Im Gegensatz zu seiner früheren Meinung (bis einschließlich der 8. Aufl.) steht heute auch Staub[4]) auf dem Standpunkt, daß Handwerker als solche niemals dem Eintragungszwange unterliegen, auch dann nicht, wenn ihr Betrieb die Voraussetzungen des § 2 erfüllt. Nach Lastig[5]) kann ein Handwerker nie Vollkaufmann werden

[1]) Vgl. Weiß, S. 24; RGSt. 34, 103, 35, 289; OLGR. 2, 142, 8, 93; Staub, 8. Aufl., S. 55.

[2]) Denkschrift S. 18.

[3]) Kuckuck-Rottweil in Holdheim, 13, 125; Neukamp im Recht, 1907.

[4]) S. 61, Anm. 10 zu § 2, S. 72, Anm. 13 zu § 4; Vgl. auch Düringer-Hachenburg, Anm. 7; KGJ. 27 A 60, RJA. 4, 102, 9, 109; OLGR 6, 234, 8, 250; Sobernheim-Strauß, S. 150; A. M. OLG Dresden in RJA. 12, 125.

[5]) S. 597.

und nie eintragungspflichtig sein. Das Kammergericht[6]) spricht sich darüber folgendermaßen aus: „Der § 4 steht mit dem § 2 HGB nicht in sachlichem Zusammenhang; dieser § 4 stellt sich vielmehr als eine Ausnahmebestimmung gegenüber § 1 HGB dar. Sein Sinn ist, daß ein Gewerbetreibender, der wegen des Betriebes der Handelsgeschäfte des § 1, Abs. II die Eigenschaft eines Kaufmanns hat, dennoch den Vorschriften über die Firma nicht unterliegt, wenn er nur ein Handwerk betreibt."

Kann demnach für den Handwerker auch auf Grund der §§ 2 und 3 die Kaufmannseigenschaft nicht begründet werden, so bleibt nur übrig, daß er nach § 1 HGB Kaufmann wird durch Betrieb eines der dort aufgeführten Handelsgewerbe. Auch hier scheiden von vornherein die in § 1, Ziffer 3 bis 8 aus, weil diese Handelsgewerbe begrifflich niemals Gegenstand des Handwerks sein können.

Die in Ziffer 2 und 9 genannten Handelsgewerbe, das bloße Bearbeitungsgewerbe und das Druckergewerbe, verleihen Kaufmannsqualität nur, sofern ihr „Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht". Die Bedeutung dieser Formulierung ist insbesondere von Makover und Goldmann[7]) völlig verkannt worden. Beide sind der Ansicht, daß die wesentlichen Merkmale des Handwerksbegriffes Art und Umfang des Betriebes seien und zwar völlig voneinander trennbar. Es könne also vorkommen, daß die Art des Betriebes bei einem Handwerker eine handwerksmäßige sei, der Umfang des Betriebes aber ein mehr als handwerksmäßiger und umgekehrt. Makover gelangt daher zu folgendem Ergebnis: „Selbst wenn die Art des Betriebes nur eine handwerksmäßige ist, der Betrieb mithin unter § 4 fällt, so ist § 1 Ziff. 2 anwendbar, wenn nur der Umfang des Betriebes ein mehr als handwerksmäßiger ist ...., da er § 1 Ziff. 2 verlangt nur, daß der Betrieb über den „Umfang" des Handwerks hinausgeht; ist diese Voraussetzung gegeben, so erscheint daher nicht notwendig, daß auch die Betriebsart eine mehr als handwerksmäßige, d. h. eine fabrikmäßige ist."

Diese Ansicht von Makover und Goldmann muß als falsch bezeichnet werden. Denn wenn schon überhaupt Art

[6]) OLGR. 2, 395.

[7]) Makover, S. 26; Goldmann, S. 30; Vgl. auch Behrend, S. 196.

und Umfang die wesentlichen Begriffsmerkmale für den Handwerksbetrieb sein sollen, dann können sie es nur in ihrer engsten Verbindung sein. Nicht ist es aber angängig, beide voneinander derart zu trennen, daß eines für sich allein schon das Handwerkerliche des Betriebes ausmachen kann. Deshalb kann ein *Handwerks*betrieb logischerweise nicht über den Umfang des Handwerks hinausgehen. Mit der Fassung „sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht" soll daher nichts anderes gesagt sein, als „sofern der Betrieb nicht nur ein handwerksmäßiger ist". Dies ergibt sich auch aus einem Bericht der Reichstagskommission.[8]) Auf Grund von § 1, Ziffer 2 und 9 können Handwerker also nicht Kaufleute werden.

Von allen den Möglichkeiten, die die Kaufmannsqualität überhaupt verschaffen, bleibt für den Handwerker schließlich nur mehr § 1 Ziffer 1 übrig. Unter diesen muß sich sein Betrieb einreihen lassen. Erforderlich ist hiefür, daß er ein Produktionsgewerbe mit Umsatz betreibt, d.h. sein Gewerbe muß „die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung" zum Gegenstande haben. Nur diese „Warenhandwerker", wie Staub sie nennt, können Kaufleute, und zwar in der Beschränkung des § 4 HGB Minderkaufleute sein, während alle übrigen Handwerker Nicht-Kaufleute sind, folglich für die Abgrenzung vom Vollkaufmann nicht in Betracht kommen.

§ 7.

Abgrenzung von Fabrik und Handwerk.

Wenn das HGB auch nirgends von Fabrik spricht, so läßt doch die Fassung der Ziffern 2 und 9 in § 1 erkennen, daß es das Handwerksgewerbe im Gegensatz zum Fabrikgewerbe setzt. Beide sind sog. stoffveredelnde Gewerbe, d. h. sie befassen sich mit der Bearbeitung oder Veredlung von Rohstoffen, Halbfabrikaten oder fertigen Erzeugnissen.[1])

„Fabrik und Handwerk sind also nicht verschiedene Gewerbezweige, sondern nur verschiedene Betriebsformen eines und desselben Gewerbes. Es gibt kein besonderes Fabrikge-

[8]) Komm. Ber. in Mat., Bd. 6, S. 533.

werbe und Handwerksgewerbe, sondern nur eine fabrikmäßige und eine handwerksmäßige Form der Ausübung des Gewerbes".[2]) Beide fallen unter § 1, Ziffer 1, sodaß gerade hierin die Schwierigkeit einer scharfen Abgrenzung liegt. Bewegt sich eine Betriebsform noch im Handwerksmäßigen, so kommt dem Inhaber nach § 4 nur Minderkaufmannseigenschaft zu, hat sie das Handwerksmäßige verlassen, und fabrikmäßiges Gepräge angenommen, so verleiht sie dem Unternehmer Vollkaufmannseigenschaft.

Welches ist nun das unterscheidende Merkmal zwischen Fabrik und Handwerk?

In Literatur und Rechtsprechung begegnet man bei Beantwortung dieser Frage den verschiedensten Ansichten, die sich im Laufe der Zeiten wieder vielfach gewandelt haben.

Man hat aus § 1, Ziffer 1, 2 und 9 und § 4 in Verbindung mit § 2 HGB die wesentlichen Kriterien des kaufmännischen Handwerks zu entnehmen versucht und hat bald den „Umfang", bald „Art und Umfang", schließlich die „Art" des Betriebes als ausschlaggebendes Merkmal hingestellt. Die Art ist dabei eine qualitative und der Umfang eine quantitative Begrenzung des Handwerks. Unter der Art des Betriebes ist daher die Methode der Herstellung der Arbeitserzeugnisse, die Art und Beschaffenheit der verwendeten Hilfsmittel, der Grad der Arbeitsteilung, die Art der Buchführung, Kassenführung, des Wareneinkaufs, der Zahlungsleistung, des beanspruchten und gewährten Kredits usw. zu verstehen. Den Geschäftsumfang eines Gewerbebetriebs machen vor allem aus: der Umsatz, das Anlage- und Betriebskapital, der erzielte Gewinn, die Ausdehnung der Arbeitsräume und die Zahl der beschäftigten Personen.[3])

Staub vertrat bis zur 7. Auflage seines Kommentars, daß das Kriterium des Handwerksbetriebs lediglich im Umfange des Betriebes liege.[4]) Er kam zu diesem Ergebnis auf Grund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Der Art. 10 ADHGB. rechnete zu den Minderkaufleuten diejenigen Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Handwerks-

---

[1]) Vgl. v. Landmann, Bd. I, S. 29, Bd. II, S. 281.
[2]) Lastig, S. 583.
[3]) Vgl. Staub, S. 71, Anm. 10 zu § 4.
[4]) Ebenso Bovensiepen, S. 28.

betriebs hinausgehe, und daß die Ersetzung dieser Worte durch die kürzere Bezeichnung „Handwerker“ keine Aenderung habe bedeuten sollen, sei auch aus der Denkschrift zum Handelsgesetzbuche S. 16 zu ersehen. Die Denkschriftstelle wolle den geringen Umfang als gemeinsames Kriterium für Handwerker und Kleingewerbetreibenden haben, wenn sie sagt: „Einzelne Vorschriften des dritten Buches eignen sich allerdings zur Anwendung auf die Geschäfte der Handwerker, wie überhaupt auf die Geschäfte der Kleingewerbetreibenden nicht“.

In der 8. Auflage betonte Staub neben dem Merkmal des Umfanges auch das der Art des Betriebes und behauptete, daß Art und Umfang als zwei selbständige Begriffsmerkmale nebeneinander das Handwerk charakterisierten. Diese früher überwiegende Meinung wird insbesondere auch von Gareis,[5]) Cosack, Makover, Lehmann-Ring, Düringer-Hachenburg in der ersten Auflage und vor allem auch vom Reichsgericht und Bayer. Obersten Landesgericht in zahlreichen Entscheidungen vertreten.[6])

Auch diese Anschauung hat Staub und zwar bereits in der 9. Aufl.[7]) wieder verlassen und sich zu der Auffassung der jetzt herrschenden Literatur bekannt, daß die Art des Betriebes das einzige Kriterium sei, durch das sich der Handwerksbetrieb vom Fabrikbetrieb unterscheide. Ebenso Ehrenberg (HHR. Bd. 2, S. 111); Düringer-Hachenburg (Bd. 1, S. 131); Bang (S. 44); Weiß (S. 15 ff.); Zech (S. 20) und viele andere.

Dieser Auffassung ist auch durchaus beizupflichten und zwar aus folgenden Gründen:

Die Meinung, wie sie Staub ursprünglich hatte, nämlich daß der Umfang des Betriebes das ausschlaggebende Kriterium des Handwerks sei, steht im klaren Widerspruch mit dem Willen des Gesetzgebers. Im Umfang des Betriebes liegt allein das Kriterium des Kleinbetriebes. Handwerker und Kleingewerbetreibende sind aber zwei durchaus getrennte Begriffe, für die verschiedene Begriffsmerkmale maßgebend sind,

[5]) Handelsrecht, S. 71.

[6]) RGSt. 34, 103, 35, 289; RG. in JW. 1906, 205, 396, 691. Bayer. OLGR. 4, 65, 11, 267.

[7]) S. 64.

was sich schon aus der Gegenüberstellung der Begriffe in § 4 HGB ergibt. Das Handwerk wäre sonst nichts anderes als Kleingewerbe und man hätte besser die Worte „Handwerk und" ganz gestrichen. Daraus, daß man das nicht getan hat, muß man den zwingenden Schluß ziehen, daß das Gesetz nicht im Umfang des Betriebes das wesentliche Merkmal des Handwerks sehen will.

Auch die Entstehungsgeschichte des § 4 HGB, aus der Staub seine mißlungene Begründung herleitete, beweist dies. Man hatte bei der Schaffung des neuen Handelsgesetzbuches den Antrag gestellt,[8]) die Worte „auf Handwerker und" ganz zu streichen, da ja schon in dem Satze „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht" der Unterschied zwischen Groß- und Kleinbetrieb genügend gekennzeichnet sei; der Antrag wurde aber abgelehnt mit der Begründung, daß beim Handwerk der Umfang des Betriebes gerade *nicht* entscheiden solle. Es sollte auch der Unternehmer eines im Großen betriebenen Handwerksbetriebes nicht allen Rechten und Pflichten des Vollkaufmanns unterworfen sein.

Der Umfang ist völlig Nebensache, ausschlaggebend ist also auch nicht Art und Umfang als zwei selbständige, gleich zu bewertende Begriffsmerkmale. Staub sagt in der neuesten Auflage seines Kommentars:[9]) „Der Begriff des Handwerks beruht auf der handwerksmäßigen und handwerksüblichen Herstellungsweise", „die Frage, ob jemand als Handwerker nach § 4 anzusehen ist, ist stets so zu stellen: Handwerksmäßig und handwerksüblich oder nicht?" „Es ist sowohl der Umfang des Geschäftsbetriebs, also namentlich der Geschäftsumsatz, nach Befinden auch der erzielte Gewinn, zu berücksichtigen, als auch die ganze Art und Beschaffenheit des Geschäftsbetriebs, insbesondere die Art der Buchführung, der Herstellung der Arbeitserzeugnisse, der Arbeitsteilung, des Wareneinkaufs, der Zahlungsleistung, des beanspruchten und gewährten Kredits, der Kassenführung, ferner Zahl und Art der im Betriebe beschäftigten Personen, vor allem auch die Frage der persönlichen Mitarbeit des Unternehmers."

---

[8]) Vgl. Denkschrift in Hahn Mat., S. 201 und 539.
[9]) S. 70 und 71, Anm. 9 und 10 zu § 4.

An letztere Stelle bei Staub knüpft die Denkschrift der Münchner Handelskammer an, und stützt darauf ihre Anschauung von der Gleichwertigkeit der beiden Merkmale Art und Umfang. „Daraus ergibt sich, so heißt es S. 21, als einfachste, logisch einwandfreieste, dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes am besten entsprechende Auslegung die Berücksichtigung beider Hauptmerkmale als gleichwertige Kriterien. Jeder Betrieb ist darnach sowohl von seiner quantitativen als auch qualitativen Seite zu betrachten. Als einzige Ausnahme, wobei das sonst gleich bedeutsame Betriebsmerkmal des Umfangs dem Kriterium der Herstellungsweise nachgeordnet wird, stellt sich der oben erwähnte Fall dar, daß sich der Inhaber des Geschäftsbetriebs auch bei größerem Umfange des Unternehmens in handwerksmäßiger und handwerksüblicher Weise durch persönliche Mitarbeit an der Herstellung der Arbeitserzeugnisse persönlich beteiligt".

Wir können aus den Worten Staubs nicht in gleicher Weise, wie es die Handelskammer München hier getan hat, folgern, daß es sich bei „Art und Umfang" um gleichwertige Kriterien handelt. Staub legt unseres Erachtens auf das Merkmal der Art größeren Wert, als auf das des Umfangs, was daraus erhellt, daß er den Irrtum, Handwerk sei identisch mit Kleingewerbe, eingesehen und den Großbetrieb im Handwerk anerkannt hat. Man kann dies auch daraus entnehmen, daß er einzig und allein auf das „Handwerksmäßige und Handwerksübliche" abstellt und die qualitativen Merkmale des Betriebes vielmehr hervorhebt als die quantitativen. Allerdings hat er sich noch gescheut, die letzte Konsequenz zu ziehen und auszusprechen, daß es auf den Umfang des Betriebes überhaupt nicht ankomme, auch dann nicht, wenn bei einem handwerksmäßigen Großbetrieb der Unternehmer die persönliche Mitarbeit aufgibt. Nach der zur Zeit geltenden Verkehrsauffassung kann ein Betrieb ganz großen Umfangs immer noch handwerksmäßig und handwerksüblich sein, und zwar ohne Rücksicht auf die persönliche Mitarbeit des Inhabers. Damit ist nicht gesagt, daß diese Auffassung Handwerksbetriebe ganz gewaltigen Umfangs ermöglicht. Denn alle Betriebe, die zu großes Ausmaß annehmen, werden zugleich auch als Handwerksmäßige und Handwerksübliche abstreifen und die Begriffsmerkmale der Fabrik annehmen.

Ein weiterer Beweis dafür, daß der Umfang des Betriebes für die Entscheidung der Frage, ob Handwerk oder Fabrik, im

Laufe der gewerblichen Entwicklung seine Bedeutung verloren hat, ist in dem Umstand zu erblicken, daß diese gegenüber früher geänderte Rechtsauffassung nunmehr auch im Gesetz verankert werden soll. Dem vorläufigen Reichswirtschaftsrat ist im Sommer 1927 der Entwurf eines Gesetzes zur Aenderung der Gewerbeordnung und des Handelsgesetzbuches, des sog. Handwerksgesetzes, zugegangen, wonach der Umfang des Betriebes nicht mehr entscheidend sein solle.[10])

Als Ergebnis unserer Erörterungen ist festzustellen, daß die Art des Betriebes das ausschlaggebende Kriterium für die Abgrenzung von Fabrik und Handwerk darstellt.

„Art" des Betriebes ist ein ziemlich toter Begriff. Man hat daher von Anfang an versucht, ihn in einzelne Merkmale aufzulösen, nach denen sich im konkreten Fall die Unterscheidung leichter treffen läßt. Solche Einzel-Kriterien wurden vor allem durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts aufgestellt, allerdings fast ausschließlich für den Begriff Fabrik, sodaß sich aus ihnen, soweit sie im Nachfolgenden überhaupt als zutreffend sich erweisen, nur negativ ergibt, was Handwerk ist.

Vorweggenommen sei, daß die vom Reichsgericht entwickelten Merkmale den heutigen Anschauungen über Fabrik und Handwerk nicht mehr ganz entsprechen, weil sie mit der gewerblichen Entwicklung nicht Schritt gehalten haben. Das Reichsgericht selbst spricht in einer Entscheidung (Bd. 66, S. 7) aus, daß in allen Fällen die gegenwärtig geltenden wirtschaftlichen Anschauungen zu berücksichtigen seien. Die wirtschaftlichen Anschauungen über das Handwerk aber sind heute ganz andere wie vor 50 oder auch nur 25 Jahren und haben sich namentlich infolge der kriegs- und nachkriegswirtschaftlichen Verhältnisse von Grund auf gegenüber früher geändert, sodaß man das jetzige deutsche Handwerk unmöglich noch mit den Augen der vergangenen Jahrzehnte ansehen kann. Die rasche Entwicklung des gewerblichen Lebens, hervorgerufen durch die Fortschritte auf wirtschaftlichen, technischen und den Gebieten des Verkehrs, der kaufmännischen Betätigung usw., führt gezwungenermaßen zu einer Aenderung der jeweiligen Einstellung in Bezug auf die Abgrenzung des Fabrik- und Handwerksbegriffes. Auch für die wirtschaftliche Ent-

[10]) Vgl. JW. 1927, 3031, Nr. 1, Anmerkung von Dove.

wicklung gilt der alte Satz mit seiner ewigen Wahrheit: „Alles ist in stetem Flusse", und so ist es gekommen, daß heute das ganze deutsche Handwerk durch die hochentwickelten und veredelten Wirtschafts- und Verkehrsformen auf eine viel höhere, wirtschaftliche, geistige und kulturelle Stufe geführt worden ist, als es früher stand und in seinem Zersetzungsprozeß nicht fortgeschritten ist, sondern dank der noch rechtzeitig erlassenen Handwerkergesetzgebung einen neuen gewaltigen Aufschwung genommen hat.

Im Lichte dieser modernen Entwicklung des Handwerks sind die vom Reichsgericht aufgestellten Merkmale zu betrachten. Es sind deren nach der Zusammenstellung bei Landmann [11]) sieben, die als wesentlich bezeichnet werden können:

1. Arbeitsteilung zwischen der vorwiegend leitenden und kaufmännischen Tätigkeit des Unternehmers und der technischen Tätigkeit der Gehilfen.
2. Arbeitsteilung unter den Gehilfen.
3. Erhebliche Arbeiterzahl.
4. Konzentration der Arbeit in der gewerblichen Anlage des Unternehmers.
5. Verhältnismäßig große Ausdehnung der Betriebsräume und der anderen stehenden Betriebseinrichtungen.
6. Umfangreiche Verwendung von Kraft- und Arbeitsmaschinen.
7. Großer Umfang der Produktion bezw. Arbeitsleistung.

Hiezu sagt v. Landmann: „Es ist zwar nicht notwendig, daß immer diese sämtlichen Merkmale bei einem als Fabrik zu behandelnden Betriebe vereinigt sind, doch dürfen die unter Ziffer 1, 2, 4, und 7 aufgeführten Merkmale nicht fehlen. Sie sind die wesentlichen Merkmale, bei deren Vereinigung ein Betrieb als Fabrik anerkannt werden muß."

Aehnlich zählen auch andere Kommentatoren der Reichsgewerbeordnung in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts die der Fabrik eigentümlichen Kriterien auf. Daß die Merkmale zunächst nur für die Gebiete der Gewerbeordnung aufgestellt sind, erklärt sich daraus, daß bezüglich des Handelsgesetzbuches einschlägige Streitfälle infolge anderer Zuständigkeitsregelung vom Reichsgericht nicht entschieden werden. Sie haben demnach vor allem die praktischen

[11]) VII. Aufl., S. 84.

Zwecke der Arbeiterschutzgesetzgebung im Auge, können aber ohne weiteres, wie schon oben dargelegt, auf die Verhältnisse des Handelsrechts übertragen werden.

Zum ersten Merkmal ist zu sagen, daß es heute nicht mehr Anspruch auf unbedingte Richtigkeit erheben kann. Ein Betrieb, dessen Inhaber nicht mehr technisch mitarbeitet, ist noch nicht Fabrik. Auch dem Unternehmer eines mittleren Handwerksbetriebes ist heute eine eigene technische Betätigung oft nicht mehr möglich, weil er durch die kaufmännische Leitung bereits voll in seiner Arbeitskraft beansprucht wird.[12]) Die Entscheidung, in der das Reichsgericht zum ersten Male dieses Erfordernis für den Fabrikbegriff aufstellt, stammt bereits vom 12. März 1881,[13]) ihr kann man nicht mehr diese weitgehende Bedeutung beimessen. Sie sagt wörtlich: „Der Unterschied zwischen Fabrik und Handwerk pflegt darin erkannt zu werden, daß bei dem letzteren die Handarbeiten den vorherrschenden Faktor der Werkerzeugung bilden, daß das Oberhaupt des Betriebes selbst mit seinen Gehilfen an der technischen Arbeit teilnimmt und daß von ihm und den Gehilfen im wesentlichen dieselbe Arbeit geleistet wird, wogegen in der Fabrik die Handarbeit mehr oder weniger durch die Benutzung von Maschinen ersetzt ist, das Oberhaupt sich im wesentlichen nur mit der Oberleitung beschäftigt und eine die Massenherstellung erleichternde Teilung der Arbeit eintritt".

Sehr viele Handwerksbetriebe werden heute sowohl von Kaufleuten als auch von Landwirten, Ingenieuren usw. so erfolgreich geführt, als wenn sie von technisch oder beruflich vorgebildeten Handwerksmeistern geleitet würden. „In der Regel", so heißt es bei Staub,[14]) „wird der Handwerker eine handwerksmäßige Ausbildung (Lehrling, dann Geselle bei einem Handwerksmeister) durchgemacht haben; indessen ist dies nicht unbedingt entscheidend, auch Leute, die nur aus sich selbst gelernt haben, können Handwerker sein, ebenso Personen, die ursprünglich eine andere Ausbildung genossen, etwa eine technische Hochschule besucht und erst später dem Handwerk sich zugewandt haben. Es entscheidet also nur

---

[12]) Vgl. Entscheidung des Regierungspräsidenten zu Minden, abgedruckt in der Ostpreußischen Handwerkerzeitung v. 1. 10. 1902, Nr. 19 und v. Landmann, Bd. II, S. 283.

[13]) Reger, 12, 425.

[14]) S. 70, Anm. 9 zu § 4.

der tatsächliche Zustand, während der Bildungsgang des Unternehmers höchstens als Fingerzeig verwendet werden kann." Daß Handwerker dieser Art, ohne berufliche Vorbildung, in der vom Reichsgericht verlangten Weise im Betriebe mitarbeiten, wird sehr selten zutreffen, sodaß es, wenn sie als Handwerker zu betrachten sind, auf die persönliche Betätigung gar nicht so sehr ankommen kann.

Auch Staub sieht als wesentlich für den Handwerksbetrieb an, daß der Inhaber sich nicht lediglich durch kaufmännische Leitung des Betriebes, sondern durch persönliche Mitarbeit an der Herstellung der Arbeitserzeugnisse beteiligt. Er fügt aber hinzu,[15]) daß dies nicht individuell, sondern typisch zu verstehen sei, d. h. es komme nicht auf die Frage an, ob im einzelnen Fall der Gewerbeinhaber Handarbeit leistet.

Selbst in dieser Einschränkung können wir der Ansicht Staubs nicht zustimmen, weil er damit von dem Erfordernis der persönlichen Mitarbeit noch nicht völlig loskommt. Zwar gelangt er dadurch zu dem Ergebnis, daß z. B. ein Schlossermeister, der allein mit einigen Gesellen sein Gewerbe betreibt, Handwerker bleibt, auch wenn er durch Krankheit dauernd verhindert ist, persönlich mitzuarbeiten oder daß ein Handwerksbetrieb von einer nicht persönlich mitarbeitenden Witwe geführt werden kann, aber diese Schlußfolgerungen genügen noch nicht. Es kann vorkommen, daß in einem Betriebe von gewisser Beschaffenheit und Größe der Inhaber selbst mitarbeitet, während der Unternehmer eines anderen Betriebes bei ganz gleichen Betriebsverhältnissen aus irgend einem Grunde, z. B. weil er im Hauptberuf Kaufmann oder Landwirt ist, oder weil er nicht gerne Handarbeit verrichtet und auch die technische Aufsicht in der Werkstätte nicht übernehmer will, auf die kaufmännische Leitung sich beschränkt. Warum hier der erstere noch Handwerker, der letztere bereits Fabrikant sein soll, ist nicht einzusehen. Umgekehrt kann sich der Inhaber eines ursprünglichen Handwerksbetriebes, der sich überraschend schnell zu einem industriellen Großunternehmen entwickelt hat, immer noch technisch betätigen, die kaufmännische Leitung aber seinen Söhnen oder vertrauenswürdigen Angestellten überlassen. Es hat sich in der Geschichte

---

[15]) Ebenso Wieland, § 11 II.

des Gewerbes schon zugetragen, daß ein vom Handwerker zum Großindustriellen sich emporarbeitender Unternehmer zu einer Zeit, wo sein Betrieb sich schon zu einer der ersten Fabriken des Landes ausgewachsen hatte, nicht viel mehr als seinen Namen schreiben konnte und, zur kaufmännischen Leitung nicht befähigt, weiterhin der Gewohnheit oder einem Bedürfnisse folgend, im Betriebe persönlich mitarbeitete. Trotz der technischen Betätigung des Inhabers muß ein solcher Betrieb als kaufmännischer angesehen werden. Der Tätigkeitsbereich des Unternehmers kann daher nicht unter allen Umständen maßgebend sein.

Eine wesentliche Bedeutung ist der Arbeitsteilung unter den Gehilfen beizumessen, weil diese bei der fortschreitenden Spezialisierung in der Industrie einem Unternehmen in hervorragender Weise den Charakter der Fabrik verleiht. Wir möchten den Begriff der Arbeitsteilung sehr eng ausgelegt haben wissen, ungefähr in der Art, daß jeder Arbeiter ständig dieselben Teile herstellt und dieselben Handgriffe und Arbeitsverrichtungen an den Teilerzeugnissen vornimmt. Zu fordern ist also die Arbeitsteilung in der Fertigstellung eines einzelnen an sich unwesentlichen Bestandteiles. Die Arbeitsteilung, daß z. B. der eine Arbeiter den Rock, der andere nur die Hose herstellt, oder die darin besteht, daß ein Erzeugnis bis zur Fertigstellung mehrere Abteilungen durchlaufen muß, ist auch im Handwerk durchaus üblich geworden. Für die Fabrik ist entwickeltere Arbeitsteilung notwendig (Aermel, Rücken, Kragen). Vor Jahrzehnten hat man auch im Fabrikbetrieb noch nichts von der Serienherstellung und vom laufenden Band gewußt, und deshalb liegt es auch durchaus im Bereiche der handwerkerlichen Entwicklung, daß ein Handwerksbetrieb auf rationellste Ausnützung der Arbeitskraft und der Arbeitszeit bedacht eines gewissen Grades der Arbeitsteilung nicht entbehren kann. Der Ansicht des Reichsgerichts, daß auch schon eine Arbeitsteilung zwischen den Geschlechtern als eine der Fabrik eigentümliche Arbeitsteilung anzusehen ist,[16]) können wir uns nicht anschließen, da sie längst überholt ist.

Ein weiteres Erfordernis für die Fabrik ist das Vorhandensein einer erheblichen Arbeiterzahl. „Erhebliche Arbeiterzahl" ist aber sehr relativ zu nehmen. So gibt es z. B. Druckereien mit 50, Konfektionsbetriebe mit 100 Arbeitern, die noch

[16]) Entsch. vom 20. 10. 94, Bd. 26, Nr. 65.

als Handwerksbetriebe anzusehen sind. Andrerseits finden sich Unternehmungen, die bereits mit 5 bis 10 Beschäftigten unbedingten Fabrikcharakter an sich tragen, wie z. B. viele chemische Betriebe. Hier ist vor allem auf den engen Zusammenhang zwischen Arbeiterzahl und Mechanisierung Gewicht zu legen, Arbeiterzahl und verwendete Maschinenkraft stehen in diesen Betrieben meist im umgekehrten Verhältnis.

Die Konzentration der Arbeit in der gewerblichen Anlage des Unternehmers, also eine gemeinsame Betriebsstätte, wird man für den Fabrikbegriff wohl verlangen müssen. In der Entscheidung vom 12. November 1904[17]) verneint das RG. die Fabrikeigenschaft eines Unternehmens, das etwa 100 Arbeiter mit Ofensetzen, d. h. mit der Zusammenfügung der gekauften Kacheln am Orte der Aufstellung der Oefen, beschäftigt. Goldschmidt[18]) dagegen hält die gemeinsame Betriebsstätte für den Fabrikbegriff nicht für wesentlich, sondern erklärt auch denjenigen als Fabrikanten, der selbständige Handwerker in deren Behausung auf seine Rechnung beschäftigt. Im Gegensatz hiezu sagt Staub:[19]) „Der Umstand allein, daß Arbeiten aus dem Hause gegeben werden, ist nicht geeignet, den Charakter der Handwerksmäßigkeit auszuschließen, ebensowenig wie die Beschäftigung der Gewerbsgehilfen in der eigenen Werkstatt ein sicheres Zeichen für bloßen Handwerksbetrieb ist.“ Unserer Ansicht nach ist hier die Verkehrsauffassung maßgebend, wie schon das Reichsgericht in RGSt. Bd. 21, S. 211 ausgesprochen hat. Die Verkehrsanschauung aber fordert für die Fabrik gemeinschaftliche Betriebsstätte.

Da wir, wie oben ausgeführt, dem Umfange des Betriebes als Begriffsmerkmal überhaupt kein großes Gewicht beilegen, ist auch „die Größe und Ausdehnung der vorhandenen Räumlichkeiten“ nicht beweisend für das Vorhandensein einer Fabrik. Es gibt auch modern ausgestattete Großbetriebe des Handwerks, die, eben weil sie Großbetriebe sind, sehr ausgedehnte Räumlichkeiten besitzen und die ohne weiteres zu Fabriken gestempelt würden, wenn man jenes Begriffsmerkmal unter allen Umständen anwenden wollte.

Auch der bloße Gebrauch von Maschinen bedeutet an sich für den Fabrikbegriff noch nichts. Nach einer Entscheidung

---

[17]) Bd. 57, S. 381.
[18]) S. 514.
[19]) S. 71, Anm. 11 zu § 4. Vgl. RG. in JW. 88, 427.

des Bayer. ObLGR.[20]) ist die Art der Arbeitsmittel wohl bedeutungsvoll, aber nicht allein entscheidend. Staub sagt hierzu:[21]) „Hier könnte das Wort Handwerk irreführen, man könnte auf Grund dieses Wortes annehmen, daß das Erzeugnis im wesentlichen „der Hände Werk", allenfalls mit Zuhilfenahme von Werkzeugen (Handwerkszeug) hergestellt sein müsse. Allein unsere technischen Erfindungen haben auch die Handwerksbetriebe nicht unberührt gelassen. Auch unsere Handwerker: Schlosser, Tischler, Schuhmacher usw. arbeiten mit maschinellen Hilfsmitteln, ohne daß sie dadurch aufhören Handwerker zu sein; sie bleiben vielmehr Handwerker, solange ihr Gewerbe im übrigen die Wesenszüge handwerksmäßigen Betriebs behält".[22]) In richtiger Erkenntnis der vorgeschrittenen Technik haben die Handwerker fast durchwegs Kleinkraftmaschinen und Elektromotore in Gebrauch genommen und verlieren dadurch nicht ihre Handwerkerqualität.[23]) Zu berücksichtigen ist hier namentlich die fachliche Eingruppierung des Betriebes; so finden sich Fabriken, z. B. Zigarrenfabriken, Ziegeleien, die ohne maschinelle Kraft auskommen, da bei diesen die Handarbeit wenig oder gar nicht durch Maschinen ersetzt werden kann, andrerseits sind Tischlereien, Schlossereien vielmehr auf Maschinenverwendung angewiesen. Wenn die Maschinenverwendung für die Fabrikeigenschaft sprechen soll, so muß sie schon eine sehr umfangreiche sein und dazu bestimmt sein, die Handarbeit zu ersetzen, nicht bloß zu unterstützen.

Schließlich ist auch das Merkmal des großen Umfangs der Produktion bezw. der Arbeitsleistung als Essentiale für den Fabrikcharakter mit Vorsicht aufzufassen. Betriebe mit einer erheblichen Produktion müssen noch nicht über den Rahmen des Handwerks hinausgehen. So hat das OLG. München[24]) einen Schreinermeister mit beträchtlichem Geschäftsumfang — Jahresumsatz 100 000.— Mk., Jahreserträgnis 10 000.— Mk. — wegen der handwerksmäßigen Betriebsart zu den Minderkaufleuten gerechnet.

---

[20]) Im Recht 1908, Nr. 3173.
[21]) S. 71, Anm. 11 zu § 4.
[22]) Vgl. auch Bay. ObLG. in Bay. OLGZ. 1910, 48.
[23]) RG. 8, 127, RGSt. 21, Nr. 114.
[24]) In RJA. 4, 102.

Außer diesen Merkmalen kehren in den Entscheidungen des Reichsgerichts noch verschiedene andere wieder, die aber nicht als wesentlich hingestellt werden und unseres Erachtens sowohl auf Fabrik wie auf Handwerk zutreffend sein können. So z. B. der Ausschluß eines festen Lehrverhältnisses, die Anfertigung der Erzeugnisse auf Bestellung oder auf Vorrat, für den Konsumenten oder für den Handel. Auch die Fabriken lassen sich heute die Lehrlingsausbildung sehr angelegen sein und sie leisten auf diesem Gebiete geradezu Vorbildliches. Auf Vorrat arbeiten auch viele Handwerker. So stellt ein Schreiner häufig in der geschäftsstillen Zeit Möbel her, um sie den Kunden als Modell zu zeigen, ja man findet sehr viele Schreinereibetriebe, bei denen man fertige Möbel jederzeit in Ausstellungsräumen besichtigen und kaufen kann. Auch noch andere ähnliche Verhältnisse sind nach Meinung des Reichsgerichts für die Unterscheidung von Fabrik und Handwerk zu berücksichtigen.

Erwähnt sei noch, daß selbstverständlich die Bezeichnung eines Unternehmens als Fabrik nicht zur Annahme der Fabrikeigenschaft berechtigen kann. Die Auffassung ist hierüber je nach den Gegenden eine sehr verschiedene und mancher Kleingewerbetreibende nennt in seiner Eitelkeit sein Unternehmen Fabrik.

Diese kritischen Betrachtungen der vom Reichsgericht aufgestellten Kriterien zeigen uns, daß ihnen für die Unterscheidung von Fabrik und Handwerk zweifellos großer Wert beizumessen ist, daß aber angesichts der unaufhaltsam fortschreitenden wirtschaftlichen und technischen Entwicklung keinem einzigen von ihnen absolute und dauernde Bedeutung zukommt. Keines aller genannten Merkmale kann für sich allein genügen. Das Reichsgericht sagt selbst:[25]) „Diese und ähnliche Umstände brauchen selbstverständlich nicht alle zusammentreffen. Vielmehr muß nach der Gesamtheit der erörterten Beziehungen untersucht werden, ob Merkmale vorliegen, die einzeln oder in ihrem Zusammentreffen die Annahme eines Handwerksbetriebs oder eines über den Umfang des Handwerks hinausgehenden Betriebs rechtfertigen". Bei jeder Entscheidung nach der einen oder anderen Seite ist die konkrete Gestaltung des Betriebs ins Auge zu fassen. In dessen

[25]) In LZ. 1914, 961.

Rahmen sind die einzelnen Merkmale in ihrem gegenseitigen Verhältnisse und Werte gegeneinander abzuwägen. Nur auf diese Weise kann man bei diesem schwierigen Problem zu einer richtigen Entscheidung gelangen.

§ 8.

Handwerkerliche und handelsgewerbliche Nebenbetriebe, gemischte und zusammengesetzte Betriebe.

Die Frage nach der Eingliederung eines Unternehmens unter den Voll- oder Minderkaufmannsbegriff wird noch weit komplizierter, wenn ein Gewerbetreibender mehrere Betriebe in seiner Hand vereinigt.

Das ist zunächst in der Weise möglich, daß neben einem Handwerksbetrieb auch Handel mit fertigen Waren getrieben wird, oder einem Handwerksbetrieb ein Handelsgeschäft angegliedert ist. „Der Handwerksbetrieb beschränkt sich vielfach nicht lediglich auf die Be- und Verarbeitung von, sei es durch die Handwerker selbst angeschafften, sei es von dem Besteller hergegebenen Stoffen, sondern erstreckt sich auch daneben noch und im Anschluß an jene Tätigkeit auf einen, wenn auch schon nach Art und Umfang und Gegenstand des Geschäfts in gewissen engen Grenzen sich haltenden Handel mit Fabrikaten Dritter".[1]) Diese vom Reichsgericht gemachten Feststellungen treffen heute in noch viel weitgehenderem Maße zu, da jeder Handwerker, wenn irgendwie möglich, die modernen Wege der Konkurrenz gehend, seine Waren in geeigneter, in die Augen fallender Form dem Publikum anzupreisen bestrebt ist und zu diesem Zwecke ein Ladengeschäft unterhält. Hier werden sowohl die im eigenen Handwerksbetriebe hergestellten Erzeugnisse wie auch fremde, zumeist aus Fabriken bezogene Waren abgesetzt.

Ein solcher kaufmännischer Nebenbetrieb stellt einen Handelsbetrieb im Sinne des § 1, Nr. 1 dar, eine Tatsache, die die Frage aufwirft, ob ein Handwerker, der neben seinem Handwerksbetrieb ein größeres Ladengeschäft betreibt, eintragungspflichtiger „Vollkaufmann" wird. Für die Beant-

[1]) RGSt. 21, 211.

wortung dieser Frage kommt es darauf an, in welchem Verhältnis der Handwerksbetrieb zum Handelsgewerbe steht, d. h. ausschlaggebend ist die „in der Gesamtheit des Geschäftsbetriebes überwiegende und deshalb für dessen Bestimmung maßgebende Haupttätigkeit".[2]) Werden also von einem Handwerker nur aushilfsweise, zur Unterstützung seines handwerksmäßigen Betriebes, fertige Sachen angeschafft und weiterveräußert, — ein Schuhmacher z. B. verkauft unbedeutende Mengen von Fabrikschuhen, oder ein Uhrmacher Uhrketten und dergleichen — so wird dadurch das Geschäft noch nicht aus dem Rahmen der Be- oder Verarbeitungsgewerbe herausgehoben.[3]) Ist dagegen der Handel mit fertigen Waren ein so bedeutender, daß er selbständige Bedeutung besitzt und der Handwerksbetrieb dahinter zurücktreten muß, so ist der ganze Betrieb als Handelsbetrieb zu beurteilen. Für diesen ist dann zu prüfen, ob er sich in den Grenzen des minderkaufmännischen Kleingewerbes bewegt, oder ob er den Umfang des Kleingewerbes überschreitet und damit den Inhaber zum Vollkaufmann macht.[4])

Voraussetzung dafür, daß beide Gewerbebetriebe einheitlich entweder als Handwerksbetrieb oder als Handelsbetrieb angesehen werden, ist, daß zwischen beiden ein gegenständlicher Zusammenhang besteht, d. h. die vom Handwerker verkauften Waren müssen derselben Kategorie von Verkehrsgegenständen angehören, wie die von ihm handwerksmäßig be- oder verarbeitenden Gegenstände.[5]) So führt Staub aus:[6]) „Ein Flickschuster, der nebenbei einmal einem Kunden auch neue Schuhe liefert, ist deshalb allein noch nicht Kaufmann; verkauft er aber im Nebenberufe gewerbsmäßig Zigarren oder Ansichtspostkarten, so wird er für diesen Betrieb Kaufmann nach Nr. 1". Von einer einheitlichen Beurteilung der beiden Geschäfte kann in diesem Falle infolge ihrer gegenständlichen Verschiedenheit nicht die Rede sein.

---

[2]) RGSt. 31, 179.

[3]) Vgl. RGSt. 21, 209, 31, 179; Bayer. ObLG. in Bay. ObLGZ. 10, 48; KGJ. 49, 94; Staub, S. 72, Anm. 14 zu § 4, S. 61, Anm. 10 zu § 2 und S. 47, Anm. 56 zu § 1.

[4]) Vgl. KG. in RJA. 15, 130 und Entscheidungen v. 21. 3. 23 und 2. 4. 24.

[5]) RGSt. 21, 212.

[6]) S. 47, Anm. 47 zu § 1.

Daß zwei Gewerbe in verwandten Waren so gleichen Umfang haben, daß sich nicht entscheiden läßt, welches von beiden in seinem Umfang überwiegend ist, wird überaus selten zutreffen; vorkommendenfalls müßten solche gleiche Gewerbebetriebe als zwei selbständige Betriebe beurteilt werden.

Außer Handwerks- und Handelsbetrieb sind sehr häufig auch mehrere Handwerksbetriebe in einem Unternehmen vereinigt. So findet sich nicht selten die Verbindung von Müllerei und Bäckerei, von Maurer- und Zimmererhandwerk, Sattlerei und Tapeziererei. Im handwerkerlichen Wagenbau treffen Stellmacherei, Schmiede, Polsterei und Lackiererei zusammen.

Auch hier ist oberster Grundsatz, diese verschiedenen Betriebe als einheitliches Ganzes zu betrachten. Wenn sie daher in ihrer Gesamtheit nicht mehr handwerksmäßig sind, sondern Fabrikcharakter an sich tragen, so muß unberücksichtigt bleiben, daß die technischen Betriebsabteilungen einzeln für sich genommen noch Handwerk sind. v. Landmann sagt hiezu folgendermaßen:[7]) „Bei der Prüfung, ob Fabrik- oder Handwerksbetrieb vorliegt, muß der einzelne Betrieb als einheitliches Ganzes betrachtet und als solches klassifiziert werden. Er darf nicht in seine einzelnen Bestandteile zerrissen werden, die vielleicht, jeder für sich, eine andere Beurteilung erfordern würden (z. B. die Schlosserei einer Maschinenbauanstalt, die Schreinerei einer Pianofabrik, die Weißwarenwerkstätte in einem Warenhaus) als der Betrieb im Ganzen."

Der Grundsatz der einheitlichen Beurteilung erleidet eine Ausnahme lediglich bei Vorliegen von gemischten und zusammengesetzten Betrieben. Ein gemischter Betrieb ist dann gegeben, wenn etwa neben einem größeren Handelsgeschäft ein wirtschaftlich nicht unerheblicher und nicht nur als Anhängsel zu wertender Handwerksbetrieb von selbständiger Bedeutung unterhalten wird, z. B. eine große Buchbinderei noch handwerksmäßigen Umfangs und eine handelsgerichtlich eingetragene Papierhandlung.[8])

„Zusammengesetzte Betriebe" sind nach der Münchner Denkschrift da anzunehmen, wo zwei ganz verschiedenen Produktionseinrichtungen angehörende Unternehmungen mit

[7]) S. 85.
[8]) Vgl. Münchner Denkschrift, S. 38 ff.
[9]) S. 39.

einheitlicher Leitung und vielleicht auch ein- und derselben Kraftquelle nebeneinander betrieben werden, ohne im übrigen einen produktionstechnischen Zusammenhang aufzuweisen. Mit anderen Worten: mehrere Betriebe sind dann gesondert zu beurteilen, wenn sie miteinander nichts gemein haben, d. h. in keinem gewerblichen Zusammenhang stehen, wie z. B. ein Sägewerk und ein Müllereibetrieb. Hieher gehört auch der oben erwähnte Fall, daß neben einer Schuhmacherei ein Zigarrengeschäft geführt wird.

Bei Betrachtung der rechtlichen Wirkungen, die die Verbindung mehrerer, nicht als einheitliches Ganzes zu beurteilender Betriebe erzeugt, ist als wichtigster der Fall hervorzuheben, daß der Gewerbetreibende als Handwerker Minderkaufmann und als Handelsgewerbetreibender Vollkaufmann ist. Hier taucht die Frage auf, ob jemand Voll- und Minderkaufmann zugleich sein kann. Goldschmidt [10]) verneint dies mit der Begründung, daß der Kaufmannsstand und ebenso der Vollkaufmannsstand unteilbar sei. Die herrschende Meinung [11]) ist mit Recht anderer Ansicht. Daß diese Doppeleigenschaft möglich ist, folgt daraus, daß nach dem HGB jemand zugleich Kaufmann und Nicht-Kaufmann sein kann, nämlich dann, wenn nach § 3 ein Landwirt ein Nebengewerbe betreibt; umsomehr muß das Zusammentreffen der Voll- und Minderkaufmannseigenschaft zulässig sein. Aehnliche Erscheinungen finden sich auch sonst, so z. B. wenn ein Soldat oder ein Arzt zugleich ein Handelsgeschäft betreibt; „alsdann sind nur die hierauf bezüglichen Geschäfte Handelsgeschäfte, nicht etwa die Bürgschaft eines solchen Soldaten für einen Kameraden". [12])

Hält sich das neben dem Handwerk betriebene Handelsgeschäft in den Grenzen des Kleingewerbes und ist damit der Gewerbetreibende eigentlich mehrmals Minderkaufmann, so resultiert aus diesem Umstand nicht etwa unter Berücksichtigung des gesamten Geschäftsbetriebs die Vollkaufmanns-

---

[10]) S. 393 ff; ebenso Gareis, Anm. 12 und OLG. Marienwerder in ZHR. 46, 466.

[11]) RGSt. 4, 281, 25, 171; OLGR. 11, 371, 16, 77; Lehmann-Ring, Nr. 5, Wieland, § 11 IV; Bovensiepen, S. 82; Staub, S. 80, Anm. 30 zu § 4.

[12]) Staub, S. 81, Anm. 30 zu § 4.

eigenschaft,[13]) sondern es liegt nur einfache Minderkaufmannseigenschaft vor.

Als Ergebnis unserer Betrachtungen können wir feststellen, daß ein Gewerbetreibender Inhaber mehrerer Betriebe sein kann, die einheitlich entweder als Handwerk oder als Handelsgewerbe zu beurteilen sind. Trifft letzeres zu, so kann minderkaufmännisches Kleingewerbe oder Vollkaufmannsgewerbe in Frage kommen. Nur im Falle der gemischten und zusammengesetzten Betriebe ist es möglich, daß die verschiedenen Betriebe gesondert betrachtet werden mit der Folge, daß ein Kaufmann dann unter Umständen Voll- und Minderkaufmann zugleich ist. Alle die rechtlichen Wirkungen, die sich an die Voll- und Minderkaufmannseigenschaft knüpfen, erfassen sodann getrennt ein und dieselbe Person.

---

[13]) RG. in DJZ. 07, 428.

III. Abschnitt.

Die Kleingewerbetreibenden.

§ 9.

Der Begriff des Kleingewerbetreibenden.

Außer den Handwerkern gehören zur Gruppe der Minderkaufleute auch noch die Kleingewerbetreibenden oder, um mit dem Gesetze zu sprechen, die „Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht". Die genaue Abgrenzung und scharfe Erfassung dieses Begriffes stößt auf nicht geringere Schwierigkeiten, als die des Handwerksbegriffes, weil hier das Gesetz ebensowenig wie dort sich darüber ausspricht, was unter Kleingewerbe, namentlich dem „Umfang des Kleingewerbes", zu verstehen ist. Die Festlegung der Grenze zwischen Klein- und Großgewerbe bleibt mangels einer gesetzlichen Definition der Praxis überlassen, die nach den für den Begriff Kleingewerbe von Wissenschaft und Rechtsprechung aufgestellten Merkmalen unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und aller Umstände des konkreten Falles entscheiden muß.

Das entscheidende Kriterium für das Kleingewerbe ist in dem Umfange des Betriebes zu finden im Gegensatz zum Handwerk, wo wir die Betriebsart für allein ausschlaggebend erachtet haben.

Die Richtigkeit dieser Anschauung ergibt sich zunächst aus dem Wortlaut des Gesetzes „deren Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht". Welcher Art dieses Kleingewerbe ist, darauf kommt es im Gegensatz zum alten Handelsgesetzbuch, das für den Erwerb der Minderkaufmannseigenschaft in erster Linie auf die innere Beschaffenheit des Gewerbebetriebes abstellte, nicht mehr an. Dieser Gesichtspunkt kommt deutlich in der Denkschrift zum Entwurfe eines HGB und EG zum Ausdruck, wo S. 15 gesagt ist: „Tatsächlich wird in der Praxis der Registergerichte vielfach so verfahren, als ob der Kleingewerbetreibende überhaupt ohne Rücksicht auf die Gewerbsart vom Handelsregister ausgeschlossen sei und die Ausführungsverordnungen zum HGB

stehen gleichfalls zum Teil auf diesem Standpunkt. Es empfiehlt sich, denselben auch im Gesetz zur Anerkennung zu bringen". Die spezielle Aufführung gewisser Gewerbsarten im ADHGB., wie die der Höker, Trödler, Hausierer usf., ist dann auch im neuen HGB fallen gelassen und allgemein den Kleingewerbetreibenden die Minderkaufmannseigenschaft zuerkannt worden. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß der Betriebsart keine entscheidende Bedeutung mehr zukommen soll, zumal sie bereits in § 1 HGB insoferne genügend zum Ausdruck gebracht ist, als alle anderen als die dort aufgeführten Handelsgewerbe für das „Kleingewerbe" ganz und gar ausscheiden, wie später noch zu zeigen sein wird.

Einen weiteren Anhaltspunkt für unsere Auffassung enthält Abs. III des § 4 HGB, der die Landesregierungen ermächtigt, nähere Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäfts*umfange* bemessenen Steuerpflicht festgesetzt wird. Erst die Reichstagskommission[1]) hat den Ausdruck „Geschäftsumfang" eingeführt, während im Entwurfe I und II vom „Geschäftsumsatz" die Rede war, und zwar ist dies deshalb geschehen, weil man der Ansicht war, daß der Geschäftsumfang der weitere Begriff sei, unter dem sich alle die verschiedenen Momente wie Anlagekapital, Betriebskapital, Umsatz, Ertrag usw. zusammenfassen ließen. Diese Aenderung weist unzweideutig darauf hin, daß dem Kriterium des Geschäftsumfanges der entscheidende Einfluß hat eingeräumt werden sollen

Anderer Meinung ist Staub.[2]) Nach ihm gehört zum Begriffe Kleingewerbe gerade das Gegenteil von dem Erfordernisse, das § 2 aufstellt, nämlich ein Gewerbebetrieb, der wegen seiner Art und seines Umfanges eine kaufmännische Einrichtung nicht erfordert. Zu dieser Anschauung kam er hauptsächlich dadurch, daß er in der 7. Auflage seines Kommentars das Wort „Art" in § 2 HGB vollständig ignorierte. Eine Rücksichtnahme auf die Art des Betriebes in § 2 hielt er für überflüssig, wie die Art des Gewerbebetriebes eine kaufmännische Einrichtung erfordern solle, sei nicht verständlich, das Wort „Art" sei daher bedeutungslos. Durch die Elimi-

[1]) Mat. Bd. 6, S. 540.
[2]) S. 73, Anm. 18 zu § 4.

nierung der Betriebsart aus § 2 gelangte er schließlich zu einer vollen Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung für die §§ 2 und 4 HGB. Mit der Anschauung der Reichstagskommission setzte sich Staub in der Weise auseinander, daß er sie als unklar und unzutreffend bezeichnete. Das Anlagekapital könne groß und der Umfang des Geschäfts doch klein sein und umgekehrt, ebenso könne der Ertrag klein und der Umfang doch groß sein, wie dies immer dann der Fall sei, wenn mit Verlust gearbeitet wird, auch der Umsatz entscheide nicht schlechthin, zumal es vorkommen könne, daß ein großes Geschäft längere Zeit hindurch seine Vorräte nicht loswerden könne, alsdann sei sein Umsatz klein gewesen und der Umfang des Betriebes doch groß, da der mengenmäßige Inhalt der Geschäfte, nämlich in diesem Falle der Einkaufs-, Bestellungs- und Hilfsgeschäfte, groß gewesen sei.

In der letzten Auflage vertritt Staub den Standpunkt, daß für § 2 das Erfordernis der kaufmännischen Einrichtung sowohl im Hinblick auf den Betriebsumfang als auf die Betriebs*art* zu verlangen sei. Trotzdem will er weiterhin in § 4, in dem nur vom Umfange die Rede ist, das gleiche Prinzip wie in § 2, der von Umfang und Art des Betriebes spricht, ausgedrückt sehen.

Zur Aenderung seiner Anschauung bezüglich des § 2 wurde Staub vor allem durch die Ausführungen Lotzes[3]) veranlaßt, der überzeugend klar darstellte, daß Umfang und Art des Geschäftsbetriebes sich nicht decken. Lotze führt hiezu ungefähr folgendes aus: Ein Betrieb, der nur wegen seines Umfanges kaufmännische Organisation erfordert, fällt noch nicht unter § 2; auch die Art des Unternehmens soll kaufmännische Einrichtung verlangen, Art und Umfang des Geschäftsbetriebes decken sich durchaus nicht. Es kommen umfangreiche Gewerbebetriebe vor, bei denen die Abwicklung der Geschäfte sich so einfach vollzieht, daß im allgemeinen Interesse eine kaufmännische Organisation nicht erforderlich ist. Andererseits kann es geringfügige Gewerbebetriebe geben, deren Geschäftsbetrieb äußerst kompliziert ist, aber zu kaufmännischen Einrichtungen nicht zwingt, weil erhebliche Vermögensinteressen wegen des geringen Umfanges nicht in Frage stehen.

---

[3]) In Gruch. 44, S. 404 bis 413.

Zu der ersteren Art gehören namentlich gewerbliche Unternehmungen, die sich von vornherein nur auf einen festbegrenzten, am Ort der Niederlassung wohnenden Kundenkreis erstrecken und ausschließlich auf vorherige Bestellung und gegen Barzahlung tätig werden. Zahlreich werden Gewerbebetriebe dieser Art nicht sein, aber sie kommen vor, man denke an Gesindevermittlungsbüros, Flußbadeanstalten, Wannenbadeanstalten usw. Zur zweiten Art sind Unternehmungen zu rechnen, welche über ein weites Gebiet, dessen Auffindung und Erhaltung besondere Vorkehrungen nötig machen, tätig sind. „Es hat also einen guten Grund, wenn das Erforderlichsein einer kaufmännischen Organisation nach beiden Richtungen hin, nach der Art und dem Umfang des Gewerbes festgestellt werden soll".[4]) Diesen Darlegungen Lotzes ist in jeder Hinsicht beizupflichten.

Heute stützt Staub seine Anschauung hauptsächlich auf die Ausführungen der Denkschrift, wo es Seite 20 heißt:[5]) „Ein Gewerbetreibender, welcher unter § 1 Abs. II fällt, ist vermöge der Vorschrift des § 4 Abs. I in das Handelsregister erst dann einzutragen, wenn sein Betrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, also wenn bei ihm zugleich die Voraussetzungen des § 2 vorliegen". „Deutlicher", fügt er hinzu,[6]) „kann der Zusammenhang mit § 2 nicht betont werden. Hiedurch ist die volle Einheitlichkeit der Begriffsbestimmung für § 2 und § 4 gewahrt".

Was die Denkschrift damit hat sagen wollen, ist nicht recht klar, auf keinen Fall ist diese Stelle mit anderen in Einklang zu bringen. Zu § 2 z. B. heißt es:[7]) „Was unter einem in kaufmännischer Weise geführten Geschäftsbetrieb zu verstehen ist und welche Unternehmungen ihrer Art und ihrem Umfange nach einen solchen Betrieb erfordern, braucht im Gesetz nicht mehr näher bestimmt zu werden. In der Praxis wird die Entscheidung keine Schwierigkeiten machen. Die Notwendigkeit einer nach kaufmännischen Grundsätzen geordneten Buchführung, der Gebrauch der Firma, die Art der Korrespondenz, der Kassenführung, der Zahlungsleistungen, der Verwendung gewisser Arten von Hilfspersonen und der-

[4]) Lotze, a. a. O., S. 406.
[5]) Mat., S. 203.
[6]) S. 74, Anm. 18 zu § 4.
[7]) Mat., S. 195.

gleichen mehr gewähren genügende Anhaltspunkte." Im Gegensatz hiezu sagt die Denkschrift bei § 4:[8]) „Hierbei kann die Frage, wo die Grenze zwischen Kleinbetrieb und Großgewerbe zu ziehen ist, nicht lediglich der Entscheidung der Registergerichte überlassen bleiben, es bedarf vielmehr bestimmter Vorschriften hierüber. Diese werden am besten in der Weise getroffen werden, daß die Abgrenzung nach Maßgabe der den Geschäftsumfang berücksichtigenden Steuerveranlagung erfolgt."

Sollte in den §§ 2 und 4 wirklich dasselbe Prinzip enthalten sein, so stünden diese beiden Denkschriftstellen in krassem Widerspruch miteinander; denn das einemal glaubt man, daß der Registerrichter selber die Grenze finden könne, das andere Mal soll ihm die freie Entscheidung zu Gunsten der Bestimmung der Landesregierung genommen werden.[9]) Mit Recht weist Lotze auch darauf hin,[10]) daß es nicht für eine überlegte Redaktion, deren Arbeit doch allseitig gerühmt sei, sprechen würde, wenn dasselbe Prinzip in so verschiedener Weise zum Ausdruck gebracht wäre.

Staub ist weiterhin entgegenzuhalten, wie Bovensiepen[11]) zutreffend bemerkt, daß es nicht angängig ist, wenn für das Prinzip des § 2 Art und Umfang, für das des § 4 dagegen nur der Umfang maßgebend sein soll, das positive Begriffsmerkmal des § 2 „Erforderlichsein einer kaufmännischen Organisation" als negatives Begriffsmerkmal in den § 4 zu übernehmen. Es ist überhaupt nicht zulässig, Begriffsmerkmale eines § herauszureissen und auf einen anderen zu übertragen, der mit dem ersteren nichts gemein hat. Diese Methode ist bequem, entspricht aber nicht den Anforderungen der wissenschaftlichen Genauigkeit.

Zur Widerlegung der Ansicht Staubs macht Lotze ferner geltend, daß, wenn für die Begriffsbestimmung des Kleingewerbes das Nicht-Erforderlichsein einer kaufmännischen Organisation entscheidend sein sollte, eine Abgrenzung des Kleingewerbes auf Grund der Besteuerung wie der Abs. 3 des § 4 im Auge habe, überhaupt unmöglich sein würde. Denn ein

[8]) Mat., S. 201.
[9]) Vgl. Kuckuck, S. 125 und Lotze in Gruch. S. 410.
[10]) Lotze in Gruch. S. 409.
[11]) S. 29.

Steuergesetz, aus dem ersichtbar sein könnte, welche Zensiten dem Geschäftsbetriebe im allgemeinen Interesse eine kaufmännische Organisation geben müßten, ließe sich nicht gut denken. Der Gesetzgeber sei auch direkt, wie die Denkschrift S. 17 ausspreche, von der Erwartung ausgegangen, daß die Landesregierungen von der ihnen erteilten Befugnis Gebrauch machen würden, er habe also auf keinen Fall etwas Unausführbares schaffen wollen.

Keine Bedeutung ist dem dritten Einwande Lotzes beizulegen, der darin besteht, daß auch der Minderkaufmann in vielen Fällen, dem Beispiel seiner bedeutenderen Berufsgenossen folgend, seinem Geschäfte die Anfänge einer kaufmännischen Organisation gibt. Es müßten daher vorher die Merkmale einer vollständigen kaufmännischen Organisation fixiert werden, deren Erforderlichsein den Gewerbetreibenden aus der Zahl der Minderkaufleute hervorhöbe. Die von der Denkschrift S. 9—10 genannten Merkmale könnten wohl bei einem nicht-kaufmännischen Betriebe gute Dienste leisten, seien aber unbrauchbar bei der Fixierung des Kleingewerbebegriffs, des minderkaufmännischen Geschäfts; denn wenn dessen Betrieb überhaupt geregelt ist, nach welchen anderen Grundsätzen als nach kaufmännischen könnte dann die Regelung wohl erfolgt sein?[12])

Diese Argumentation ist insoferne nicht richtig, als Lotze hier allein darauf abstellt, daß ein kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb vorliegt. Darauf kommt es aber nicht an, sondern lediglich auf ein Erforderlichsein desselben. Auch das Reichsgericht hat einmal diesen Fehler gemacht in der in Bd. 35, 289 für Strafsachen veröffentlichten Entscheidung, wo es heißt, es würde bezüglich der Beurteilung eines Kaufmanns als Vollkaufmann durch den Unterrichter „dem Sinne der Vorschriften des jetzigen Handelsgesetzbuches vor allem eine Prüfung entsprochen haben, ob nach Art und Umfang des Geschäfts ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Betrieb *vorlag*."

Der Auffassung, daß für die Zugehörigkeit zum Kleingewerbe allein der Geschäftsumfang maßgebend ist, sind außer Lotze und Bovensiepen auch viele andere Schriftsteller, so z. B.

---

[12]) In Gruch., S. 411—412.

Goldmann,[13]) Mugdan-Falkmann,[14]) Lehmann,[15]) Weiß[16]) und Neukamp.[17]) Letzterer insbesondere hält den § 2 für § 4 in keiner Weise verwertbar.

Die Rechtsprechung ist zum Teil ganz anderer Ansicht. Namentlich das Reichsgericht hat sich in einer Reihe von Entscheidungen auf den Standpunkt gestellt,[18]) daß „die Vorschriften über Führung von Handelsbüchern usw. außer Anwendung bleiben sollen, wo ein Gewerbe nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert". Diese Erkenntnisse des RG., die unter Verkennung und Außerachtlassung oben angeführter Gründe, neben dem Geschäftsumfange auch noch die Art des Gewerbebetriebes entscheiden lassen wollen, müssen wir als falsch bezeichnen. Im Gegensatz zum RG. betonte früher das Kammergericht, [19]) daß „die Art des Betriebes, die für die Anwendung des § 2 von wesentlicher Bedeutung sei, hier weniger ins Gewicht falle, weil sie bei den an sich kaufmännischen Gewerben des § 1 von vornherein gegeben sei, und stand damit auf unserem Standpunkt. Neuerdings stimmt es der Rechtsprechung des RG. zu und ist der Meinung, daß mindestens eine sinngemäße Verwertung der in § 2 enthaltenen Grundsätze dem Willen des Gesetzgebers entspreche.[20])

Andere Gerichte wieder lehnen es ab, den § 2 zur Auslegung des § 4 heranzuziehen. Am deutlichsten hat dies das Sächsische OLG. in seiner Entscheidung vom 10. August

[13]) S. 21.
[14]) Bd. 2, S. 143, 395.
[15]) S. 31.
[16]) S. 19 ff.
[17]) Im Recht 1910, 145. Vgl. auch Ritter, Allgem. Lehren des HR., S. 13 und Markus im Recht 1901, 170.
[18]) RGSt. 34, 103, 35, 289; RG. in JW. 01, 505, 03, 140, 06, 205 u. 691, 07, 55, 08, 148; ferner in DJZ. 04, 1187, 06, 1205, vgl. auch Holdheim, 08, 55; LZ. 07, 49; Bay. ObLG. im Recht 14, Nr. 812.
[19]) RJA. 2, 133; OLGR. 6, 466, 8, 92.
[20]) KGJ. 49, 94; RJA. 15, 130. Uebereinstimmend damit Entscheidung des OLG. Dresden v. 23. Okt. 1920, teilweise abgedruckt bei Sobernheim-Strauß, S. 144.

1904 getan,[21]) in der es ausdrücklich hervorhebt, daß die Eintragungspflicht der in § 1 HGB. aufgeführten Handelsgewerbe nicht, wie die der gewerblichen Unternehmungen des § 2, abhängig gemacht werden dürfe von der Art des Betriebes, ob diese kaufmännische Einrichtungen erfordere; denn „bei den Betrieben des § 1 geht das Gesetz von dem Grundsatze aus, es herrsche hier das Bedürfnis nach den kaufmännischen Garantien der Regel nach dergestalt vor, daß von einer Prüfung der Besonderheiten jedes einzelnen Gewerbes abgesehen werden könnte."

Trotz der zum großen Teil entgegenstehenden Rechtsprechung erachten wir für das Kleingewerbe den Geschäftsumfang als allein ausschlaggebend.

Was ist nun unter „Geschäftsumfang" zu verstehen? Der Geschäftsumfang ist kein Begriff, der in einem einzigen Unterscheidungsmerkmal besteht, es sind vielmehr verschiedene Faktoren, die diesen Begriff ausmachen. Falsch ist es deshalb, wenn Lastig sagt:[22]) „Das Kriterium des Kleingewerbes ist die Höhe des Umsatzes". Ein Anhaltspunkt dafür, was unter Geschäftsumfang zu verstehen ist, ist in dem Bericht der Reichstagskommission[23]) zu § 4 zu finden, in dem dargelegt ist, daß „Geschäftsumfang" im Vergleich zu dem im Entwurfe gebrauchten Worte „Geschäftsumsatz" „der weitere Begriff sei, bei dem alle die verschiedenen Momente, wie Anlagekapital, Umsatz, Ertrag, usw. berücksichtigt werden könnten".

Unrichtig wäre es aber, die hier gegebenen Merkmale für ausreichend zu halten oder jedes für sich allein genügen zu lassen. Denn es kann, wie Staub zutreffend bemerkt,[24]) das Anlagekapital groß und der Umfang des Geschäfts doch klein sein und umgekehrt. Ebenso kann der Ertrag klein und der Umfang doch groß sein, wie dies immer dann der Fall ist, wenn mit Verlust gearbeitet wird. Es kann auch ein Geschäft längere Zeit seine Vorräte nicht los werden, was zur Folge hat, daß der Umsatz klein und der Umfang des Betriebes doch groß ist, da der mengenmäßige Inhalt, nämlich in diesem

[21]) Teilweise veröffentlicht in den Mitteilungen der Handelskammer Leipzig, 1904, S. 84.

[22]) S. 587.

[23]) Mat., S. 540.

[24]) S. 74 u. 75, Anm. 19 zu § 4.

Falle der Einkaufs-, Bestellungs-, Fabrikations- und Hilfsgeschäfte, groß ist. Es muß im einzelnen Falle eine ganze Reihe von Faktoren mitwirken, damit ein Betrieb als umfangreich erscheint. In Betracht kommen vor allem das zum Betrieb verwendete Kapital, der Umsatz, der Ertrag, die Gewerbesteuer, Größe und Beschaffenheit der dem Betriebe dienenden Räumlichkeiten.[25]) Der Großhändler kauft meist vom Produzenten in großen Quantitäten, während der Kleinhändler in der Regel vom Großhändler bezieht und im offenen Laden unmittelbar an die Konsumenten in kleinen Mengen abgibt.[26]) Damit möchten wir selbstverständlich nicht den volkswirtschaftlichen Begriff des Kleinhandels im Sinne des unmittelbar an den Verbraucher erfolgenden Verkaufs für den Begriff des Kleingewerbes im Sinne des § 4 als maßgebend hinstellen.[27])

Dagegen sind im Gegensatz zu diesen quantitativen Merkmalen die qualitativen Kriterien, die die Betriebsweise betreffen, wie die Arbeitsteilung, das Maß der Inanspruchnahme des Kredits im Wechselverkehr, die Art des Wareneinkaufs und des beanspruchten und gewährten Kredits, die Art der Buchführung usw. nicht ausschlaggebend für die Entscheidung der Frage; sie sind nur insoweit heranzuziehen, als sie einen Rückschluß auf den Umfang des Geschäfts zulassen.[28])

Auch von den quantitativen Faktoren müssen im einzelnen Falle nicht alle gegeben sein. „Die Annahme eines Großbetriebes ist nicht davon abhängig, daß diese Momente sämtliche zusammentreffen, es genügt vielmehr, daß der Betrieb seiner ganzen Beschaffenheit nach zu einer kaufmännischen Organisation um seines Umfanges willen hindrängt".[29]) Bei der Prüfung der Frage, ob Groß- oder Kleinbetrieb vorliegt, wird der Registerrichter auch noch auf die Verschiedenartigkeit der einzelnen Gewerbezweige und die verschiedene Auffassung an den verschiedenen Orten Rücksicht zu nehmen haben. „In einer Gebirgsgegend des Inlands gilt gewiß mancher als Groß-

[25]) Vgl. OLGR. 6, 466.

[26]) Vgl. Lotze, S. 413; Cohn im Recht 1903, S. 224 ff.; RG. in DJZ. 1904, S. 587; Philippovich, Bd. I, S. 216 ff.

[27]) Vgl. Dove, in JW. 1915, 186; RG. 92, 324.

[28]) Vgl. Lotze, S. 413.

[29]) OLGR. 6, 466.

händler, den man in einer Seehandelsstadt einen Krämer nennt".[30])

Zusammenfassend ist zu sagen, daß eine allgemein gültige erschöpfende Definition für den Begriff des Kleingewerbes ebensowenig wie für den des Handwerks möglich ist. Der Richter hat deshalb nach den mannigfachen Merkmalen zu entscheiden, die sich aus dem Geschäftsumfange entnehmen lassen.

§ 10.

Die Minderkaufmannseigenschaft des Kleingewerbetreibenden.

Ebensowenig wie der Handwerker kann auch der Kleingewerbetreibende auf Grund der §§ 2 und 3 HGB Kaufmann werden, da Voraussetzung hiefür ist die Eintragung in das Handelsregister, die den Minderkaufleuten nach § 4 versagt ist. Es kommen also für den Kleingewerbetreibenden einzig und allein die Grundhandelsgewerbe nach § 1 HGB in Betracht, die ohne weiteres kraft ihres Betriebes zum Kaufmann machen.

Aber selbst von den Gewerben des § 1 lassen nicht sämtliche ein Kleingewerbe zu. Allgemein anerkannt in der Literatur[1]) ist, daß das in Ziffer 5 genannte Personentransportgewerbe zu Lande und auf Binnengewässern nicht Kleingewerbe sein kann, weil hier von „Anstalten" die Rede ist und damit Großbetriebe gemeint sind.

Alle anderen Gewerbe des § 1 sind als Kleingewerbe möglich, zum mindesten theoretisch, wenn sie auch praktisch nicht alle in der Form des Kleingewerbes betrieben werden. So dürften die Beförderung von Gütern oder Personen zur See, die Prämienversicherung und das Bankier- und Geldwechslergeschäft in der Regel nur im Großbetriebe vorkommen.

Insbesondere ist auch das Be- und Verarbeitungsgewerbe der Ziffer 1 als Kleingewerbe denkbar. Staub war früher an-

---

[30]) Prot., S. 527; RJA. 2, 132.

[1]) Vgl. Staub, S. 52, Anm. 70 u. 72 zu § 1; Gareis Lehrb. S. 54, Nr. 7; Makover, S. 28, XIII d; Düringer-Hachenburg, S. 122; A. M. Ehrenberg, 2, 39 und Cosack, 7. Aufl., S. 26.

derer Ansicht, wenn er sagte:[2]) „Die Inhaber von Be- oder Verarbeitungsgewerben nach § 1 Ziffer 1 können nicht Kleingewerbetreibende im Sinne des § 4 sein, diese fallen höchstens unter den Begriff Handwerk". In der neuesten Auflage seines Kommentars dagegen gibt er zu,[3]) daß auch bei den unter § 1 Ziffer 1 fallenden Gewerbetreibenden die Frage, ob Groß- oder Kleinbetrieb, unabhängig von der Frage zu prüfen sei, ob Handwerksbetrieb vorliegt oder nicht. Es kann auch tatsächlich nicht bestritten werden, daß es Gewerbe gibt, die die Anschaffung und Weiterveräußerung beweglicher Sachen nach stattgefundener Be- und Verarbeitung zum Gegenstande haben, die aber trotzdem nicht Handwerk sind. Hierher gehören z. B. die Betriebe, die sich damit befassen, gewerbsmäßig Tiere anzuschaffen und weiterzuveräußern, nachdem sie gemästet, aufgezogen oder dressiert worden sind.[4])

Die Uebernahme der Be- oder Verarbeitung von Waren für andere unter Ziff. 2 und das Druckereigewerbe unter Ziff. 9 des § 1 sind zwar nur Handelsgewerbe, wenn sie nicht bloß handwerksmäßig betrieben werden. Deshalb ist aber die Ansicht verschiedener Schriftsteller,[5]) daß die Inhaber solcher Betriebe entweder Vollkaufleute oder Nichtkaufleute seien und daher als Minderkaufleute überhaupt nicht in Frage kamen, noch keineswegs gerechtfertigt. Denn Handwerk ist nicht identisch mit Kleingewerbe, ein Unternehmen kann also seine handwerksmäßige Eigenart abstreifen, ohne dennoch über das Kleingewerbe hinauszugehen. Diesen Standpunkt vertritt neuerdings auch Staub.[6]) Er sagt: „Soweit Be- oder Verarbeitungsgewerbe oder Druckereigewerbe in Frage kommen, darf der Begriff des Kleingewerbes nicht dem des Handwerks gleichgestellt werden.... Sind diese Personen (unter Ziff. 2 u. 9) Handwerker, so sind sie nach dem Wortlaute von § 1 Ziff. 2

[2]) in DJZ. 1898, S. 423; ebenso Cohn im Recht 1903, 223.

[3]) S. 74, Anm. 18, zu § 4.

[4]) Die Blätter für Rechtspflege im Bezirke des KG. 1900, S. 77 erwähnen den Kauf von Kühen zwecks Abmelkung und Weiterverkaufs.

[5]) z. B. Staub, 8. Aufl., S. 45, Anm. 56 zu § 1; Bovensiepen, S. 25; Cohn, a. a. O.; Lotze in Gruch. 44, 408; Neukamp im Recht, 1910, S. 145.

und 9 überhaupt nicht Kaufleute. Geht aber ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinaus, so ist es immer noch möglich, daß er nur als Kleingewerbe angesprochen werden kann; in diesem Falle sind sie Minderkaufleute".

Als Ergebnis kann also festgestellt werden, daß außer dem in Ziff. 5 erwähnten Personentransportgewerbe alle in § 1 aufgeführten Gewerbsarten von Kleingewerbetreibenden, also Minderkaufleuten, ausgeführt werden können.

Darüber hinaus kann bei Kleinbetrieb sogar Vollkaufmannseigenschaft gegeben sein, nämlich dann, wenn der Unternehmer eine juristische Person des Handelsrechts ist, also eine Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft m. b. H. oder eingetragene Genossenschaft. Kraft positiver Gesetzesvorschrift[7]) sind diese kaufmännischen Gesellschaftsformen als Vollkaufleute zu beurteilen ohne Rücksicht auf den Gegenstand und den Umfang des Unternehmens, so auch dann, wenn sie ein Kleingewerbe betreiben. Praktisch wird es allerdings sehr selten vorkommen, daß sich diese Gesellschaften als Kleingewerbetreibende betätigen. Die juristischen Personen, die nicht dem Handelsrechte angehören, sondern dem übrigen Privatrechte, wie eingetragene Vereine, oder dem öffentlichen Rechte, z. B. eine Stadtgemeinde, sind als Inhaber eines kleingewerblichen Betriebes nur Minderkaufleute.

Als Beispiele für Gewerbe, deren Inhaber als Kleingewerbetreibende Minderkaufleute sind, seien erwähnt: Die Höker, Trödler, Hausierer, die gewöhnlichen Schiffer und Fuhrleute, also die Gewerbetreibenden, die schon Art. 10 ADHGB speziell erwähnt hat. Ferner vor allem die Kaufleute des täglichen Bedarfs, wie Kolonial- und Materialwarenhändler, Tabak-, Zigarren-, Papier- und Gemüsehändler, kleinere Mäkler, Agenten, Spediteure und Kommissionäre usw.[8])

---

[6]) S. 74, Anm. 18 zu § 4; vgl. auch Goldmann, S. 30.

[7]) Vgl. §§ 210, II u. 320, III HGB mit § 6, I u. II HGB § 13, III GmbHGes., § 17, II Gen. G.

[8]) Vgl. Sobernheim-Strauß, S. 152 ff.

§ 11.

Die Befugnisse der Landesregierungen.

Die Begriffsbestimmung des Kleingewerbes, wie wir sie nach den Vorschriften des HGB gefunden haben, hat der Richter bei der Entscheidung eines konkreten Falles nur dann anzuwenden, wenn nicht eine Landesregierung von der ihr in Abs. III des § 4 eingeräumten Befugnis, „Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird", Gebrauch gemacht hat. Das hat unseres Wissens bis jetzt nur Schwarzburg-Rudolstadt getan,[1]) sodaß also Abs. III praktisch gar nicht in Frage kommt. Trotzdem sollen diese Bestimmungen im Nachfolgenden erörtert werden.

Unter der Herrschaft des ADHGB[2]) konnte durch Landesgesetzgebung der Kreis der Minderkaufleute beschränkt oder erweitert werden. Diese Möglichkeit hat, wie sich schon aus dem Wortlaut des Abs. III in § 4 ergibt, eine verschiedentliche Einschränkung erfahren.

Zunächst wurden an die Stelle der „Landesgesetzgebungen" die „Landesregierungen" gesetzt, obwohl der Reichstagskommission der Antrag vorlag,[3]) es wieder bei den „Landesgesetzgebungen" zu belassen, weil die Volksvertreter, enger mit dem Leben verwachsen, bei der Abgrenzung zwischen Klein- und Großgewerbe ihre Erfahrungen besser verwerten und die Wünsche des Kleingewerbes besonders berücksichtigen könnten. Der Antrag wurde deshalb abgelehnt, weil eine solche Regelung zu schwerfällig schien. Eine Korrektur von Fehlern sei im Verwaltungswege viel leichter, auch würde je nach der Zusammensetzung der betreffenden Vertretung eine sehr verschiedenartige Gesetzgebung das Re-

[1]) Vgl. Lehmann-Ring, Nr. 4; Goltd. A. 56, 90; die diesbezügliche Verordnung v. 11. Dez. 1899 bestimmt: Als Kleingewerbe sind diejenigen Betriebe anzusehen, bei denen weder der jährliche Ertrag 1000 Mk., noch das Anlage- und Betriebskapital 2000 Mk. erreicht.

[2]) Art. 10, III.

[3]) Mat., S. 539.

sultat sein. Zu berücksichtigen sei ferner, daß einzelne Landtage nur alle zwei Jahre zusammentreten, wodurch die Möglichkeit einer Korrektur erschwert sei. Die Gründe, warum hier der Gesetzgebungsweg ausgeschlossen worden ist, dürften ohne weiteres einleuchtend sein.

Die zu erlassenden Bestimmungen kann die Landesregierung auf dem Wege der Verordnung oder des Verwaltungsaktes herbeiführen,[4]) sodaß diese zwar materielles aber nicht formelles Gesetz sind.[5])

Aus der Entstehungsgeschichte des Abs. III ergibt sich, daß die Delegation der Landesregierungen eine zwingende ist. Mit Unrecht ist deshalb Bovensiepen[6]) der Meinung, daß die Landesregierung auch den Weg der Gesetzgebung beschreiten könne, denn wenn ihr die Ermächtigung zur selbständigen Erledigung eingeräumt sei, so bliebe es ihr selbstverständlich unbenommen, sich freiwillig dieser Machtbefugnisse zu entkleiden und diese Regelung gemeinsam mit der Volksvertretung im Wege der Gesetzgebung vorzunehmen. Diese Auffassung widerstreitet auch dem klaren Wortlaut des Gesetzes, weil von der Landesgesetzgebung nicht im Geringsten die Rede ist.

Welches Geltungsgebiet diesen von der Landesregierung zu erlassenden Bestimmungen zukommt, ist ziemlich bestritten. Wir möchten uns die Ansicht Staubs zu eigen machen,[7]) wonach, falls eine Landesregierung von der ihr gegebenen Befugnis Gebrauch macht, diese Begriffsbestimmung auch für

[4]) So auch Staub, S. 76, Anm. 22 zu § 4; Cosack (S. 42, 6. Aufl.) will nur die Verordnung, Goldmann (S. 33) nur den Verwaltungsakt zulassen.

[5]) Zuständig für den Erlaß der einschlägigen Bestimmungen sind: in Preußen der Justizminister in Gemeinschaft mit dem Minister für Handel und Gewerbe; vorher sollen in der Regel die Organe des Handelsstandes gutachtlich gehört werden. (§ 1 des Preuß. AGHGB.) In Bayern und Sachsen: der Justizminister und der Minister des Innern (§ 25 der bayer. Verordnung v. 24. 12. 1899, § 1 der sächsischen VO. v. 10. 10. 1899); in Mecklenburg-Schwerin diese gemeinschaftlich (§ 1 des mecklenb. AGHGB).

[6]) S. 29. Gleicher Ansicht war früher (6./7. Aufl., S. 75, Anm. 11 a zu § 4) auch Staub ohne nähere Begründung.

[7]) S. 76, Anm. 22 zu § 4; ebenso Goldmann, S. 33 IV.

den Strafrichter in jedem anderen Lande bindend ist[8]) und in ganz Deutschland die Kaufmannseigenschaft nach dem Rechte desjenigen Landes zu beurteilen ist, in dem der Betreffende sein Handelsgewerbe betreibt. „Wer z. B. nach Mecklenburger Bestimmungen auf Grund seines in Rostock betriebenen Geschäfts nicht als Vollkaufmann gilt, ist auch in anderen Ländern Minderkaufmann. Betreibt er in mehreren Ländern verschiedene Gewerbe, so kann er Vollkaufmann und Minderkaufmann sein und gilt dann auch in den anderen Ländern hinsichtlich des einen Gewerbes als Vollkaufmann, hinsichtlich des anderen als Minderkaufmann. „Bei Zweigniederlassungen muß man die Hauptniederlassung für ausschlaggebend erachten".[9])

Dem tritt Bovensiepen[10]) entgegen mit der Begründung, es sei logisch unmöglich, daß die verbindliche Kraft des Ge-setzes weiter reiche als die Macht der sie ins Leben rufenden Rechtsquelle. So wünschenswert diese Ansicht vom legislativen Standpunkt sein möge, so wäre sie doch de lege lata nicht zu rechtfertigen. Wenn eine solche partikulare Norm für das ganze Deutsche Reich Gesetzeskraft besitzen solle, so müsse das delegierende Reichsgesetz dies klar zum Ausdruck bringen, wie es z. B. in § 763 Satz 1 BGB geschehen sei.

Diese Beweisführung Bovensiepens halten wir aus obigen Gründen nicht für durchschlagend, insbesondere ist anschließend an den zuletzt erwähnten Gesichtspunkt zu sagen, daß schon das ADHGB, wie sich aus den Protokollen[11]) ergibt, den landesgesetzlichen Bestimmungen auch für die anderen Bundesstaaten hat Geltung verschaffen wollen. Das kam in dem Zusatze zu Art. 10 „für Kaufleute ihres Staatsgebiets" zum Ausdruck, der heute als selbstverständlich weggelassen, aber zu ergänzen sein dürfte. Die Anschauung Bovensiepens, einen Kaufmann bezüglich desselben Geschäfts in einem Lande als Minderkaufmann, in dem anderen als Vollkaufmann zu betrachten, führt unbedingt dazu, die durch das HGB begründete Rechtseinheit zu vereiteln. Auch aus diesem Grunde

---

[8]) Goltd. A. 56, 90.

[9]) Vgl. Goldmann, S. 33 IV; Lehmann-Ring, S. 40, Nr. 5, Bd. 1.

[10]) S. 31 ff.; Mit ihm Jakobsen, S. 21.

[11]) S. 1281 ff.

glauben wir, das Gesetz in unserem dargelegten Sinne auslegen zu dürfen, ohne der Logik Gewalt anzutun.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen dem ADHGB und dem neuen HGB besteht darin, daß heute die Landesregierungen nicht mehr neue Klassen von Minderkaufleuten schaffen können, sondern nur mehr den Begriff Kleingewerbe (also nicht den des Handwerkers) im Rahmen des § 4 näher festlegen können und zwar haben sie dies auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht und in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen zu tun.

In erster Linie ist deshalb stets die Frage aufzuwerfen, ob in einem Lande ein solches Gesetz existiert, das auf der nach dem Geschäftsumfang bemessenen Steuerpflicht aufgebaut ist. Erst wenn dies nicht der Fall ist, darf die Abgrenzung nach anderen Merkmalen erfolgen.

Schon frühzeitig hat man Untersuchungen angestellt, ob das Preußische Gewerbesteuergesetz v. 21. Juli 1891 dem in Abs. III aufgestellten Erfordernis entspricht. Staub [12]) ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, daß dies nicht zutrifft, weil sich die preußische Gewerbesteuer nach dem Ertrag und dem Werte des Anlage- und Betriebskapitals bemesse, Geschäftsumfang und Anlage- wie Betriebskapital aber grundverschiedene Dinge seien. Man muß Staub hierin unbedingt recht geben.[13]) Dove hingegen [14]) bejaht die Verwertbarkeit des preußischen Gewerbesteuergesetzes für § 4 Abs. III, aber mit einer Begründung, die keinen Anspruch auf Wissenschaftlichkeit erheben kann. Er macht geltend, daß im allgemeinen mit dem Anlage- und Betriebskapital auch der Geschäftsumfang und mit diesem der Ertrag steigen werde. Auch könne man den Grad der Anforderungen an Korrektheit des Ausdrucks, den man unserem gesetzgeberischen Großbetriebe gegenüber aufstellen dürfe, nicht eben hoch bemessen. Es sei auch anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei Erlaß dieser Bestimmung in erster Linie an den größten Einzelstaat, Preußen, gedacht hat und daß es wohl auch sonst keinen Einzelstaat gegeben habe, in dem der Nonsens einer nach dem Geschäftsumfang im eigentlichen Sinne bemessenen Besteuerung bestanden habe.

---

[12]) In DJZ. 1898, S. 424 ff.
[13]) Ebenso Bovensiepen, S. 30.
[14]) Bei Holdheim, 1898, S. 297 ff.

Diese Ausführungen Doves lassen erkennen, daß er sich zu weit entfernt vom Wortlaut des Gesetzes und in diesem eine unvollkommene Ausdrucksweise sieht, die die wirkliche Absicht des Gesetzgebers verdeckt. Das Handelsgesetzbuch ist aber mit so großer Sorgfalt ausgearbeitet worden, daß man den Vorwurf einer unüberlegten und unvollkommenen Ausdrucksweise sicherlich nicht erheben darf. Man kann und muß sich deshalb hier unbedingt an den Wortlaut des Gesetzes halten, was zu dem Ergebnis führt, daß die preußische Gewerbesteuer den Anforderungen des Abs. 3 von § 4 nicht entspricht.

Praktisch ist der Streit noch nicht geworden, weil bisher Preußen von der ihm eingeräumten Befugnis noch keinen Gebrauch gemacht hat; ebenso nicht die anderen Länder mit einer einzigen Ausnahme. „Es wäre zu wünschen", sagt Staub,[15]) „daß dies auch nicht geschehen möge. Denn solche anderweitige Grenzbestimmungen würden, wenn nicht alle Länder die gleichen Grundsätze befolgten, die Rechtseinheit auf diesem Gebiete zerreißen, aber auch bei einheitlichen Grundsätzen würden sie die ohnehin nicht einfache Ordnung dieser Rechtsfragen leicht noch verwickelter gestalten."

Die Reichsregierung hat vor kurzem dem Reichstag ein Reichsrahmensteuergesetz zwecks einheitlicher Regelung der Gewerbesteuern der Länder vorgelegt. Auch in diesem Gesetze ist die Steuerpflicht nicht nach dem Geschäftsumfange bemessen, sodaß es ebensowenig wie z. B. das Preußische Gewerbesteuergesetz die Voraussetzungen der in § 4 Abs. III HGB geforderten Besteuerung erfüllt.

---

[15]) S. 76, Anm. 21 zu § 4.